

Mestrado em Direito e Prática Jurídica

Especialidade em Direito Administrativo e Administração Pública



FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE DE LISBOA

Os poderes de conformação da relação contratual

Rui José da Costa Ferreira

Dissertação de Mestrado

Orientação: Professor Doutor Miguel Assis Raimundo

dezembro de 2020

À minha família.

Pela força, pela coragem, pela persistência, pela união.

E pelo amor, que nos faz e fará a todos felizes.

Nita, Nuno, Maria, Rita, Zé Maria

Agradecimentos

À Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, a minha casa do Direito, e aos Professores de que tive o privilégio de ser aluno.

Ao meu orientador, Professor Doutor Miguel Assis Raimundo, pela pronta disponibilidade manifestada para assumir o encargo de me orientar na elaboração desta dissertação, pela clarividência do seu ensino e da sua escrita, e pela disponibilidade e pelo apoio na articulação e sistematização de ideias e conceitos.

A todos aqueles com quem ao longo dos anos trabalhei, e trabalho, pela partilha de projetos, ideias, caminhos e soluções.

Aos meus amigos, pelo incentivo que me foram oferecendo para a elaboração e conclusão do trabalho.

Em particular, aos meus amigos do Direito, pela sua sempre motivante disponibilidade para debater ideias.

Resumo

A conformação da relação contratual de qualquer contrato constitui matéria de grande relevância, à qual o Direito confere, naturalmente, enquadramento.

O regime da conformação da relação contratual no âmbito da execução de contratos públicos apresenta especificidades inerentes à prossecução do interesse público que lhe é subjacente, incluído neste, pelo menos numa certa dimensão, a salvaguarda da concorrência.

O presente estudo visa contribuir para a correta interpretação e aplicação dos princípios e das normas relevantes para a conformação da relação contratual no âmbito da execução de contratos públicos, no que concerne aos poderes atribuídos ao contraente público, e aos limites a que está vinculado.

Como ponto de partida, aliás indispensável, procuraremos delimitar o conceito de contrato público em cuja execução deve estar presente, na generalidade, a prossecução do interesse público, e, de modo particular, a salvaguarda ou defesa da concorrência.

Seguidamente, e tendo por referência aquele conceito de contrato público, procederemos a uma reflexão geral sobre a caracterização e legitimação dos poderes de conformação da relação contratual, em função dos interesses prosseguidos pelo contraente público, e aos limites inerentes ao exercício daqueles poderes.

Neste contexto, abordaremos a crescente sobreposição entre o Direito europeu e o Direito nacional a propósito da execução de contratos públicos, e em particular a incursão feita pelas Diretivas da União Europeia de 2014 relativas aos contratos públicos.

Concluído o enquadramento do tema do trabalho, cumprirá analisar cada um dos designados poderes de autoridade tradicionalmente à disposição da Administração para a conformação de relações contratuais, a saber, os poderes de direção, de fiscalização, de modificação, de sanção, e de resolução unilateral, não deixando de abordar também formulações específicas desses poderes em função do respetivo objeto contratual.

Merecerá ainda referência a figura da cessão da posição contratual do cocontratante por decisão do contraente público, introduzida no Código dos Contratos Públicos no âmbito da revisão de que foi alvo em 2017, bem assim como a relação entre os poderes de conformação da relação contratual e o gestor do contrato, inovação igualmente introduzida no Código no âmbito daquela revisão.

Antes da apresentação das conclusões, far-se-á uma brevíssima referência à proposta de alteração legislativa do Código dos Contratos Públicos conhecida já na fase final da elaboração do presente trabalho, e que integra também matéria relativa à conformação da relação contratual.

As conclusões do trabalho centram-se na relevância do equilíbrio entre os poderes e os limites atribuídos e impostos ao contraente público em matéria de conformação da relação contratual, e na crescente importância que o Direito da União Europeia, julgamos, tenderá a assumir no regime substantivo da execução de contratos públicos.

Palavras-chave

Código dos Contratos Públicos; Contrato Público; Diretiva 2014/24/UE; Conformação da relação contratual; Exercício de poderes de autoridade; Gestor do Contrato

Abstract

The conformation of the contractual relationship of any contract is a matter of great importance, to which the law, naturally, provides a framework.

The regime that foresees the conformation of a contractual relationship in the context of the execution of public contracts has specific characteristics inherent to the pursuit of the underlying public interest, which includes, at least to a certain extent, the safeguarding of competition.

This study aims to contribute to the correct interpretation and application of the principles and rules relevant to the conformation of the contractual relationship in the context of the execution of public contracts, with regard to the powers attributed to the public contractor, and the limits to which it is bound.

As a starting point, which is indispensable, we will seek to define the concept of public contracts in which, in its execution, one must consider, in general, the pursuit of the public interest and, in particular, the safeguarding or defence of competition.

Subsequently, and with reference to this concept of public contract, we will make a general reflection on the characterisation and legitimisation of the powers to conform the contractual relationship, according to the interests pursued by the public contractor, and to the limits inherent to the exercise of these powers.

In this context, we will address the increasing overlap between European and national law in the matter of execution of public contracts, and, in particular, the incursion of the 2014 European Union Directives addressing public contracts.

Concluded the framework of the theme of this study, we will then analyse each of the so-called traditional authority powers available to the Administration for the conformation of contractual relations, namely the powers of direction, supervision, modification, sanction and unilateral termination, while also addressing specific formulations of these powers according to their contractual object.

Reference will also be made to the assignment of the contractual position of the co-contractor by decision of the public contractor, introduced in the Public Procurement Code as part of the revision it underwent in 2017, as well as to the relationship between the powers to conform the contractual relationship and the contract manager, an innovation also introduced in the Code as part of that revision.

Before presenting the conclusions, a very brief reference will be made to the proposal for a legislative amendment to the Public Procurement Code, which is already known at the final stage of the preparation of the present study, and which also includes a matter relating to the conformation of the contractual relationship.

The conclusions of the study focus on the importance of the balance between the powers and the limits attributed and imposed on the public contractor in terms of the conformation of the contractual relationship, and on the growing importance that European Union law, we believe, will tend to assume in the substantive regime of the execution of public contracts.

Key words

Public Procurement Code; Public Contract; Directive 2014/24/EU; Conformation of the contractual relationship; Exercise of authority powers; Contract Manager

Abreviaturas e siglas

AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

APCCP – Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos

Art./art. – Artigo/artigo

CCP – Código dos Contratos Públicos

CEDIPRE – Centro de Estudos de Direito Público e Regulação

Cfr. – Confronte

CPA – Código do Procedimento Administrativo

CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos

FDUL – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

ICJP – Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

LGTFP – Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas

N.º – Número

N.ºs – Números

Pág. – Página

Págs. – Páginas

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

Vol. – Volume

Índice

<i>Agradecimentos</i>	3
<i>Resumo</i>	4
<i>Abstract</i>	6
Índice	9
Notas Prévias.....	11
1. Delimitação do objeto	11
2. Conformação ou reconformação da relação contratual	13
Capítulo I - Contrato público e contrato administrativo.....	15
1.1. Razão de ordem.....	15
1.2. Contrato administrativo.....	15
1.3. Contratos públicos e contratos administrativos na versão original do CCP.....	26
1.4. As Diretivas Europeias de 2014	29
1.5. O Código dos Contratos Públicos e o conceito de contrato público	35
Capítulo II – Poderes de conformação da relação contratual	43
2.1. Apresentação e enquadramento.....	43
2.2. Poderes de conformação da relação contratual como poderes funcionais e como poderes indisponíveis	45
2.3. Modo de exercício dos poderes de conformação da relação contratual	48
2.4. Formação dos atos administrativos contratuais.....	51
2.5. Executividade e executóriedade dos atos praticados pelo contraente público	53
2.6. Acordos endocontratuais	55
2.7. Poder de direção	56
2.8. Poder de Fiscalização	59
2.9.1. A ponderação de novas necessidades e a ponderação nova das circunstâncias existentes	64
2.9.2. A alteração das circunstâncias.....	65
2.9.3. Os limites à modificação objetiva dos contratos	68
2.9.4. As consequências da modificação objetiva do contrato	75
2.9.5. A publicitação da modificação objetiva do contrato	78
2.10. Poder de aplicação de sanções contratuais	80
2.10.1. Resolução sancionatória.....	81
2.10.2. Sanções pecuniárias.....	83
2.10.3. Sequestro do contrato	87
2.11. Poder de cessão da posição contratual por incumprimento do cocontratante	89

2.12. Poder de resolução unilateral do contrato	96
2.13. Os poderes de conformação da relação contratual e o gestor do contrato.....	100
Capítulo III – A Proposta de Lei n.º 41/XIV/1. ^a e o Decreto da Assembleia da República n.º 95/XIV.....	108
Capítulo IV - Conclusão.....	111
<i>Bibliografia</i>	116

Notas Prévias

1. Delimitação do objeto

O tema do presente estudo é o conjunto de poderes de que um contraente público dispõe para conformar uma relação contratual estabelecida na sequência de um procedimento de contratação pública cujo objeto seja um dos enunciados em cada uma das três Diretivas da União Europeia que atualmente disciplinam a contratação pública¹, bem assim como o conjunto de limites a que está legalmente sujeito no exercício dessa conformação.

Não ignorando que o âmbito de aplicação da Parte III do Código dos Contratos Públicos² é um universo com contornos e limites que não recolhem unanimidade, tal matéria, indubitavelmente de grande importância e interesse, não cabe, na generalidade, no presente estudo, antes de mais porque o seu adequado tratamento justificaria, por si só, um outro trabalho, e ainda porque constituiria um fator de dispersão que se julga metodologicamente adequado evitar.

Interessa portanto ao presente trabalho a conformação da execução de contratos públicos em sentido estrito, *prima facie*, contratos celebrados por entidades públicas ou equiparadas³ cujo objeto, sendo-o, tenha sido submetido à concorrência, e que, por esta razão, tenham sido sujeitos “a uma fase de formação especificamente regulada e destinada a assegurar valores e interesses típicos do direito público: a igualdade, a imparcialidade, a objetividade, a eficiência da afetação dos recursos públicos.”⁴.

¹ Como é sabido, as Diretivas do Parlamento Europeu e do Conselho n.ºs 2014/23, 2014/24 e 2014/25, todas de 26 de fevereiro, e relativas, respetivamente, à adjudicação de contratos de concessão, aos contratos públicos, e aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, e que adiante se designarão também apenas por Diretivas Europeias de 2014 ou Diretivas de 2014, sendo que a invocação de artigos de Diretivas sem menção específica é feita por referência à Diretiva 2014/24/UE.

² Código aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, e já objeto de numerosas alterações. A versão a que nos referiremos, salvo menção em sentido diverso, é a conferida pela Resolução da Assembleia da República n.º 16/2020, de 19 de março, que também designaremos simplesmente por “Código”, ou por “CCP”.

³ Sendo necessário, neste contexto, refletir sobre o conceito de entidade equiparada a entidade pública e perceber se a adoção uma perspetiva que lhe confira uma maior amplitude é suficiente para nele incluir todas as entidades titulares de contratos públicos.

⁴ Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos - Uma concorrência ajustada ao interesse público*, AAFDL, 2013, pág. 44.

Haverá, em acréscimo, que considerar também as situações em que o objeto do contrato seria, por si, e em princípio, suscetível de sujeição à concorrência, e por maioria de razão, sujeitos, quanto ao respetivo procedimento de formação, à Parte II do CCP, mas que, em concreto, e em virtude da verificação de uma ou mais especificidades, assim não sucede⁵.

Por último, temos ainda aqueles contratos sujeitos à Parte II do CCP mas que não configuram jurídicas contratuais administrativas.

A delimitação do objeto do presente trabalho assenta portanto na leitura conjugada dos n.ºs 1 e 3 do artigo 280.º do CCP, integrando os “contratos sujeitos à Parte II que configurem relações jurídicas contratuais administrativas” (n.º 1) e aos “contratos sujeitos à parte II, ainda que estes não configurem relações jurídicas contratuais administrativas.”⁶, e, no que respeita a estes últimos, tendo presente o interesse sobre as matérias relativas à modificação objetiva e à cessão forçada da posição contratual do cocontratante⁷.

Como refere Mário Aroso de Almeida, “estes contratos não são, pois, todos necessariamente contratos administrativos, embora, de um modo geral, o sejam. (...) A nosso ver, pode, portanto, afirmar-se que, no nosso ordenamento jurídico, existe um regime normativo comum aplicável à categoria dos contratos cujo objeto abrange prestações que estão ou são suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado.”⁸.

Haverá ainda que não esquecer o universo de situações em que os poderes e limites que integram o quadro de atuação dos contraentes públicos relevam também na execução de contratos com objeto insuscetível de ser submetido à concorrência, mas que estão

⁵ Como acontece em muitos dos contratos abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 5.º-A do CCP.

⁶ Sendo o texto completo do artigo 280.º, n.º 3 do CCP “As disposições do presente título que têm por objetivo a defesa dos princípios gerais da contratação pública e dos princípios da concorrência e da igualdade de tratamento e não-discriminação, e em concreto as disposições relativas aos regimes de invalidade, limites à modificação objetiva, cessão da posição contratual e subcontratação são aplicáveis, com as devidas adaptações, aos contratos sujeitos à parte II, ainda que estes não configurem relações jurídicas contratuais administrativas.

⁷ Como é sabido, a versão atualmente vigente do CCP usa, por via da revisão do Acordo Ortográfico vigente desde 2009, e da revisão de que foi aquele objeto em 2017, as expressões *cocontratante* e *co-contratante*. Adotamos a grafia atual (*cocontratante*), salvo em citações ou transcrições em que conste a grafia antiga.

⁸ Mário Aroso de Almeida, *O Problema do Contrato Administrativo*, Almedina, 2018, pág. 88.

igualmente sujeitos à disciplina conformadora da execução constante da Parte III do CCP, antes de mais porque a conformação da relação contratual deve manter intocado o fundamento da insusceptibilidade de submissão do objeto à concorrência.

2. Conformação ou reconformação da relação contratual

A expressão “conformação da relação contratual”, que o CCP adota para identificar o conjunto de poderes de que os contraentes públicos dispõem para assegurar que a execução de um contrato público⁹ cumpre o interesse público, não recolhe unanimidade.

Carla Amado Gomes enfatiza a ideia de que o verdadeiro poder de conformação da relação contratual começa na fase de formação do contrato. Afirmar a Autora que “a conformação/configuração da relação jurídica contratual começa com a abertura do concurso para a celebração do contrato – ou com a sua assinatura, se não houver lugar a concurso – ou mesmo antes, caso se trate, por exemplo, de empreendimentos susceptíveis de provocar impactos ambientais consideráveis, quanto à mera decisão de localização.”¹⁰.

Subscrevemos a ideia, naturalmente, de que a liberdade na definição do objeto do contrato, incluindo a definição do modo de execução das prestações a que o cocontratante ficará adstrito, é, provavelmente, o maior dos poderes de que as entidades adjudicantes dispõem para conformar os termos em que a sua necessidade irá ser satisfeita.

É certo que essa liberdade não é absoluta, estando limitada pelos princípios relevantes sobre a matéria¹¹, mas, ainda assim, esta é uma fase decisiva na criação das melhores condições de eficiência na gestão da coisa pública.

Não merecerá contestação que, quanto melhor for definida a necessidade, quanto mais apurada for a definição do modo do seu cumprimento, e quanto mais ajustada à situação

⁹ Como acabámos de aflorar no ponto anterior e mais detalhadamente será explicitado infra, usamos a expressão *contrato público* para designar um conceito que não é absolutamente coincidente com o de *contrato administrativo*.

¹⁰ Carla Amado Gomes, *A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos*, pág. 3, disponível em linha em <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/287-131.pdf> e consultado em 24 de março de 2020.

¹¹ Sobre princípios aplicáveis à formação e execução de contratos públicos dispõe o artigo 1.º-A do CCP.

concreta for a definição do critério de adjudicação, maiores serão as probabilidades de a necessidade pública ser eficientemente satisfeita.

Não obstante, esta liberdade e esta importância não são, muitas vezes, devidamente ponderadas pelas entidades adjudicantes, que, por falta de recursos, por urgência, ou por outras razões, investem menos do que seria adequado na elaboração das peças do procedimento, tentando mais tarde resolver na execução do contrato vicissitudes que facilmente poderiam ter sido evitadas a montante.

Sem prejuízo, quando falamos da definição do objeto do contrato, não estamos ainda a falar de uma relação contratual, e mesmo depois do procedimento ser iniciado, a relação que se estabelece entre a entidade adjudicante e os candidatos ou concorrentes é uma relação pré-contratual.

Assim, mesmo as eventuais alterações das peças do procedimento¹², e a adoção de ajustamentos ao conteúdo do contrato a celebrar¹³, são factos que dizem respeito a uma relação pré-contratual, não a uma relação contratual.

E cremos que o legislador terá adotado a expressão “conformação da relação contratual” tendo em consideração a execução do contrato, e não o próprio contrato, cuja conformação, essa sim, terá ocorrido em momento anterior.

Para este entendimento contribui também a inserção sistemática das disposições aplicáveis na Parte III do CCP, com particular relevo para o respetivo Capítulo IV do Título I, e não esquecendo as demais disposições sobre a matéria integradas nas diferentes disciplinas específicas da execução contratual.

Adotamos, neste sentido, e por isso sem reservas, a expressão legalmente consagrada na epígrafe do já referido Capítulo IV do Título I da Parte III do CCP: “Conformação da relação contratual”.

¹² Artigo 50.º.

¹³ Artigo 99.º.

Capítulo I - Contrato público e contrato administrativo

1.1. Razão de ordem

A definição de contrato público, que se apresenta relevante no âmbito do presente trabalho, para uma necessária delimitação do objeto deste, apresenta alguma complexidade.

Importa, por isso, concretizar de que contratos públicos falamos quando olhamos para os poderes de conformação das relações contratuais que deles emergem.

Contrato público, num sentido mais amplo, pode ser considerado como qualquer contrato celebrado ao abrigo de um regime de direito público¹⁴.

Sendo o conceito tão amplo, nele cabem realidades tão distintas¹⁵ como contratos constitucionais (abrangendo contratos entre Estados Federados ou entre estes e a Federação), contratos fiscais, contratos económicos e contratos administrativos.

Porque os poderes de conformação da relação contratual sobre os quais nos debruçaremos assentam, historicamente, no recorte do conceito de contrato administrativo, cumpre iniciar por uma resumida caracterização deste¹⁶.

1.2. Contrato administrativo

O contrato administrativo, que podemos definir, na atualidade, como “um acordo de vontades que visa a produção de efeitos sobre uma relação jurídica administrativa”¹⁷, é um dos modos de exercício do poder administrativo, modo este que, como refere Diogo Freitas do Amaral, “tem vindo a adquirir uma importância crescente. Com efeito, é cada vez mais frequente que a Administração Pública, para prosseguir os fins de interesse

¹⁴ Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos...*, pág. 38, afirma que “...por contrato público, em sentido amplíssimo, tem-se entendido toda a forma de utilização do instituto contratual ao nível do direito público.”

¹⁵ Continuando a seguir as lições de Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos...*, pág. 40.

¹⁶ Deixando contudo de lado, por não respeitar intrinsecamente ao objeto do presente trabalho, a distinção entre contrato administrativo e contrato de direito privado da Administração.

¹⁷ Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral*, Tomo III, D. Quixote, 2.^a edição, 2008, pág. 19.

público que a lei põe a seu cargo, procure a colaboração dos particulares, acordando com estes os termos em que tal interesse é prosseguido.”¹⁸.

Esta certeza, hoje adquirida, nem sempre foi afirmada sem reserva ou contestação.

Não obstante a utilização do contrato como meio do estabelecimento de relações de colaboração entre a Administração e os privados constituir “um expediente largamente utilizado desde a Antiguidade”¹⁹, esses contratos eram apreendidos como contratos de direito privado.

A admissibilidade do contrato administrativo contendia com a ideia de que o respetivo objeto estaria fora do comércio jurídico, não sendo por isso apto a suportar uma relação contratual²⁰, e contendia também com o princípio da livre determinação da relação contratual, na medida em que muita da disciplina do contrato estaria, ou poderia estar, pré-determinada por lei ou regulamento.

Como refere Pedro Costa Gonçalves²¹, “a ideia – que, a partir do alemão Otto Mayer, se propagou – segundo a qual o “Estado não pode contratar” conhecia significado muito preciso: a exclusão da possibilidade de contratação na esfera do direito público e, em particular, no exercício de poderes de autoridade pública, em que o Estado deveria atuar por decisão unilateral – ato administrativo – e não pela via do acordo.”²².

Assim, as reservas à admissão de determinados contratos como contratos administrativos assentavam, por um lado, em conceções civilísticas do instituto do contrato rígidas, e, por outro lado, numa perspectiva de defesa e salvaguardada económica do cocontratante.

¹⁸ Diogo Freitas do Amaral, com a colaboração de Pedro Machete e Lino Torgal, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, 2.^a edição, 2011, pág. 537 a 539.

¹⁹ Armando Marques Guedes, *O Contrato Administrativo*, in *Estudos de Direito Administrativo*, 1963, pág. 70.

²⁰ Ideia que, por si só, ilustra bem a evolução do pensamento jurídico até à atual disciplina do mercado público da contratação.

²¹ *Direito dos Contratos Públicos*, 2.^a edição, Vol. 1, Almedina, 2018, pág. 13.

²² Partindo da ideia, como sublinha Mário Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, 1980, pág. 634, de que “residindo o núcleo do instituto contratual na igualdade jurídica de duas vontades, ele não pode aplicar-se no campo do Direito Administrativo, onde um dos sujeitos da relação jurídica – aquele a que compete velar pela realização dos interesses coletivos – tem necessariamente uma posição de prevalência e supremacia à qual, aliás, a lei não lhe permite renunciar.”.

Embora referindo-se especificamente a contratos de concessão, por regra com investimentos significativos dos particulares e com prazos de execução longos, João Tello de Magalhães Collaço afirmava que “Tudo parecia passar-se em regime de direito privado. Em face ao concessionário, e pelo acto da concessão, a pessoa administrativa demitia-se das suas prerrogativas de direito público e surgia como quem quer que contrata. (...) O caderno de encargos da concessão constituía assim a forma inalterável das prestações a que mutuamente se haviam comprometido os dois pactuantes. E, pois que como acordo bi-lateral, só por novo consenso podia tornar-se diverso – nunca a doutrina autorizou que a administração pensasse no direito de exigir além do convencionado, e até, se alguma consideração dessa ordem podia ocorrer, só era sugerível em favor do concessionário, para quem existiam todos os percalços da empresa.”²³.

Como referem Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, “Paralelamente à tradição alemã e italiana, desenvolveu-se em França, fundamentalmente a partir da década de 1870, a aceitação da figura dos contratos administrativos como figura distinta dos contratos de direito privado”²⁴.

Essa aceitação teve origem no reconhecimento da inconveniência de submissão de determinados litígios, em que o Estado era parte, à jurisdição comum, sendo muito revelante a decisão tomada em 08 de fevereiro de 1873 pelo Tribunal de Conflitos francês no processo *Blanco*, que reconheceu que a responsabilidade do Estado no âmbito do serviço público não podia ser regida pelos mesmos princípios aplicáveis às relações entre entes privados.

Em causa estava a responsabilidade pelo atropelamento de uma criança por um comboio de uma fábrica pública. Não respeitando a decisão a um litígio emergente de um contrato, mas ao que hoje designaríamos por responsabilidade civil extracontratual da Administração por atos de gestão pública, importa reter a afirmação do princípio de que esta responsabilidade não deveria ser regida pelos princípios estabelecidos no Código Civil, devendo obedecer a regras especiais “*qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés.*”. Não deixa de ser também interessante que a questão tenha sido suscitada a propósito, não de uma atuação

²³ *Concessões de serviços públicos*, 2.^a edição, Coimbra Editora, 1928, págs. 18 e 19.

²⁴ “*Contratos Públicos ...*”, Tomo III, pág. 21.

da Administração em sentido tradicional, mas de um ente que hoje integrariamos no setor público empresarial²⁵.

Na mesma linha, constatando o prejuízo, também da imutabilidade dos contratos, para o interesse público, sobretudo daqueles com prazos de execução mais longos, e que, face à evolução económica, social e científica, rapidamente se tornavam desatualizados, se não anacrónicos, sucessivas decisões do *Conseil d'État* vieram admitir a possibilidade de a Administração modificar unilateralmente o objeto do contrato²⁶.

A especificidade do contrato administrativo surge, assim, primeiro no plano jurisprudencial, e só depois no plano legislativo²⁷.

Maria João Estorninho²⁸, citando Jean Rivero e Jean-Marie Auby/Roland Drago, afirma mesmo que, quanto “ao problema geral da origem do Direito Administrativo, aceita-se hoje pacificamente a existência de «um laço muito acentuado» entre o aspeto processual da autonomização da jurisdição administrativa e o aspeto substancial da criação das normas de direito administrativo.”, segundo “uma especial interpretação” do princípio da separação de poderes, que conduziu ao entendimento de que “julgar a Administração ainda é administrar”, isto para além “da necessidade de os litígios da Administração serem apreciados por um juiz mais apto e idóneo.”.

Ora, se Administração sempre celebrou contratos, natural terá sido, perante uma emergente afirmação da jurisdição administrativa e do Direito Administrativo, o ajustamento da noção de contrato (pelo menos quanto a alguns dos contratos que

²⁵ A decisão pode ser consultada em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007605886>.

²⁶ Sendo exemplos relevantes, entre outras, as decisões de 10 de janeiro de 1902 e de 11 de março de 1910. A primeira decidiu um litígio no âmbito da execução de um contrato cujo objeto era a atribuição de um direito exclusivo de iluminação a gás, pretendendo a Administração que a iluminação passasse a ser feita também a eletricidade. O Conselho de Estado reconheceu o direito à modificação do objeto do contrato. A segunda decidiu um litígio relativo a alterações de horários de elétricos (*tramways*, no original), tendo o Conselho de Estado também decidido pela admissibilidade de serem alterados os horários de serviço, reconhecendo ainda neste caso o direito do concessionário a uma compensação, em função das obrigações acrescidas que lhe eram impostas, numa manifestação do princípio da manutenção do equilíbrio financeiro do contrato, sem paralelo no Direito Civil.

²⁷ Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Contratos Públicos ...*, pág. 21, afirmam que o movimento de autonomização substantiva do contrato administrativo se baseou numa prévia autonomização para efeitos processuais.

²⁸ *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, 2003, págs. 23 e 24.

celebrava) a essas soluções novas, específicas, próprias da administração pública, isto é, a *soluções de Direito Administrativo*²⁹.

A emergência da figura do contrato administrativo assentou, assim, e entre outras, sobretudo nas ideias de que ao objeto dos contratos poderia estar subjacente uma “comerciabilidade jurídico-administrativa”, e de que “o essencial à noção de contrato não é o princípio civilista da livre determinação pela vontade das partes do conteúdo ou efeitos contratuais, mas sim a liberdade para contratar ou deixar de contratar;”³⁰.

E deste modo, partindo do trabalho jurisprudencial e da adoção de uma jurisdição específica, se foi fazendo caminho doutrinário no sentido da afirmação da figura do contrato administrativo.

A par de uma jurisdição específica, estes contratos apresentavam dois outros traços distintivos: (i) os poderes exorbitantes reconhecidos à Administração, face ao regime de direito civil, em particular o de modificar unilateralmente o objeto do contrato, e até o de o resolver sem que ocorresse incumprimento da outra parte, e o inerente (ii) respeito pelo equilíbrio financeiro do contrato, indispensável para proteger a confiança indispensável ao estabelecimento de relações contratuais (e para cumprir um princípio geral de boa fé).

Em Portugal, o Código Administrativo de 1936/1940 consagrou uma noção de contrato administrativo próxima do contrato de procura pública³¹, recorrendo a uma definição de contrato administrativo que se pretendia taxativa.

Na primeira redação do Código, conferida pelo Decreto-Lei n.º 27424, de 31 de dezembro de 1936, dispunha o artigo 695.º, § único, que “Para efeitos contenciosos, consideram-se contratos administrativos os contratos de empreitada ou concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de fornecimento contínuo e de

²⁹ A expressão é de Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, Almedina, 2003 – 7.ª reimpressão da 2.ª edição, pág. 125.

³⁰ Mário Esteves de Oliveira, *Direito...*, pág. 636.

³¹ Antes, podemos encontrar no artigo 343.º, n.º 10, do Código Administrativo de 1895, uma referência à competência do Auditor para julgar em primeira instância, “As questões que sobre o sentido das cláusulas dos contratos se suscitarem entre a administração do município ou paróquia e os empreendedores ou arrematantes de rendas, obras ou fornecimento;”, e, antes ainda, podemos também encontrar nos Códigos Administrativos de 1832 e 1836 referências, respetivamente, à competência do Conselho da Prefeitura e do Conselho de Distrito para julgar questões relativas a contratos, designadamente de fornecimentos públicos.

prestação de serviços celebrados entre a administração e os particulares, para fins de serviço público”.

A redação definitiva conferida ao preceito do Código Administrativo, de 1940³², para além de diferenças de pormenor, omitiu a restrição “Para efeitos contenciosos”³³, admitindo-se a conclusão de que, embora sistematicamente, qualquer um dos dois artigos estivesse incluído na Parte do Código relativa ao contencioso administrativo, a evolução da redação terá visado esclarecer que o legislador pretendia mais do que definir a competência em matéria de contencioso, almejando que a norma constituísse uma verdadeira definição de contrato administrativo, seguindo, como foi já referido, um critério de taxatividade.

Desiderato que não terá sido atingido, quer pela crescente contestação doutrinária que se foi ouvindo³⁴, quer porque o próprio legislador se encarregou de ir qualificando como administrativos outros contratos³⁵.

Até que, em 1984, o novo Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 129/84, de 27 de abril (ETAF), consagrou uma definição de contrato administrativo substantiva e aberta³⁶, estabelecendo, no artigo 9.º, n.º 1, que “Para efeitos de competência contenciosa, considera-se como contrato administrativo o acordo de vontades pelo qual é constituída, modificada ou extinta uma relação jurídica

³² Pelo Decreto-Lei n.º 31095, de 31 de dezembro de 1940.

³³ Artigo 815.º, § 2.º.

³⁴ Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, Almedina, 2010 – 10.^a reimpressão da edição de 2001, págs. 509 a 511, invoca pelo menos uma voz dissonante, logo em 1937 (João Melo Machado) a que se juntaram entretanto outras, entre as quais a do próprio Freitas do Amaral. João Melo Machado defendeu que a lei apenas poderia enunciar quais os contratos considerados administrativos para efeitos contenciosos, mas não quais os contratos que seriam materialmente administrativos, isto é, submetidos a um regime de Direito Administrativo. Diogo Freitas do Amaral alegava a existência de contratos substantivamente administrativos e a existência de contratos adjetivamente administrativos (os enunciados no Código Administrativo), sendo que aos primeiros não se aplicaria a jurisdição administrativa.

³⁵ Como exemplo entre vários, refere-se o contrato de arrendamento de bens imobiliários para instalação de serviços ou depósitos e de fornecimento contínuo celebrados pela A.G.A. com outras entidades, que o artigo 15.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 47338, de 24 de novembro de 1966 expressamente qualificou como administrativo.

³⁶ Se não significativo, será pelo menos curioso que, estando-se já no final do século XX, a consagração de um conceito substantivo de contrato administrativo tenha ainda encontrado suporte inicial a propósito da definição da competência contenciosa.

de direito administrativo.”, enunciando depois o n.º 2 do mesmo artigo, agora a título inequivocamente exemplificativo, alguns tipos de contratos administrativos³⁷.

O Código do Procedimento Administrativo de 1991³⁸ integrou um capítulo todo ele dedicado ao contrato administrativo³⁹, constando do seu artigo 178.º, n.º 1 uma definição de contrato administrativo que mantinha as duas referências essenciais do instituto: o *acordo de vontades* pelo qual é constituída, modificada ou extinta *uma relação jurídica administrativa*, não prescindido, apesar de tudo, o legislador de, no n.º 2 do articulado, manter uma enunciação exemplificativa de alguns dos contratos qualificados como contratos administrativos.

Em jeito de balanço, é seguro afirmar que o decurso do século XX trouxe um aumento continuado do recurso à utilização do contrato administrativo⁴⁰, não apenas para a satisfação da necessidade de aquisição de bens (e de serviços), mas crescentemente também para disciplinar concessões, parcerias público-privadas, e as mais diversas relações jurídicas contratuais administrativas⁴¹, ultrapassando-se a ideia da incompatibilidade entre o conceito de contrato e a posição de supremacia do contraente público, traduzida na existência de poderes exorbitantes a favor deste, e suscetíveis de exercício no âmbito da conformação da relação contratual, que não assistem a nenhum dos contraentes, nem poderiam assistir⁴², numa relação jurídica privada.

As razões apontadas para justificar tal aumento do recurso pela Administração ao contrato administrativo são variadas, e, diríamos, embora com diferentes intensidades, todas procedentes.

³⁷ E acrescentando aos contratos de procura pública os contratos de concessão de uso privativo do domínio público e de exploração de jogos de fortuna ou de azar.

³⁸ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de novembro.

³⁹ O Capítulo III da Parte IV do Código.

⁴⁰ Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Contratos Públicos ...*, pág. 22, referem que “Com o advento do Estado social de direito (...), a contratação pública veio a conhecer uma expansão espectacular na Europa continental, podendo mesmo falar-se num período de apogeu da actividade contratual da administração a partir do fim da Segunda Guerra Mundial.”

⁴¹ Mário Esteves de Oliveira, *Direito...*, pág. 635, registava já, em 1980, que “mesmo na Inglaterra e nos Estados Unidos, onde o Direito Administrativo vem penetrando lentamente, as ideias mestras do regime do contrato administrativo europeu continental (poder de direcção e de modificação) já fizeram a sua entrada e repercutem-se na disciplina dos contratos da Coroa inglesa e dos “government contracts” do direito americano.”. Numa referência mais atual, Pedro Costa Gonçalves *Direito dos Contratos...*, pág. 14, fala de *outsourcing* de funções soberanas, referindo, nos EUA, a “gestão global de prisões, ou a contratação de companhias privadas para o exercício de funções de polícia”.

⁴² Pelo menos com a intensidade com que se manifestam no contrato administrativo.

Por um lado, a Administração foi assimilando a ideia de que, muitas vezes, é mais eficiente estabelecer uma relação colaborativa, em que o particular participa na prossecução do interesse público por sua iniciativa no exercício da sua liberdade, do que impor a esse particular, através de um ato administrativo, o seu contributo individual para a prossecução do interesse público.

Por outro lado, agora como quase sempre, os Estados necessitam (economicamente, entenda-se) de recorrer aos recursos privados para satisfazer necessidades públicas que exigem investimentos avultados⁴³, sendo o contrato o meio por excelência para trazer à causa pública esses recursos privados.

Acrescem, em determinadas situações, motivações ideológicas, propensas à contratualização de serviços públicos, designadamente por concessão.

O tema da concessão de serviços públicos é aliás daqueles que mais controvérsia ideológica e política sempre suscita, sendo muitas vezes abordado (politicamente) na ótica da “privatização de serviços públicos”. Cremos, com o devido respeito, e nomeadamente no que respeita à experiência portuguesa dos últimos trinta anos, que parte dessa controvérsia bem poderia ter sido evitada (ideologias à parte) com melhor contratação pública, na medida em que a discussão sobre princípios é muitas vezes contaminada *ab initio* com a análise dos resultados de anteriores contratações, muitas vezes lesivos para o interesse público, e decorrentes de uma inadequada definição dos termos dos contratos.

Sublinha-se ainda que a própria evolução da organização económica e científica das comunidades tem conduzido a que, em determinadas situações, os privados consigam responder mais rapidamente a necessidades públicas novas e urgentes para cuja satisfação seja necessário incorporar, em termos significativos, investigação e desenvolvimento⁴⁴.

⁴³ E ainda mais em tempos e lugares onde ocorrem cargas fiscais elevadas e vigoram regras apertadas sobre *deficit* das contas públicas e/ou dívida pública.

⁴⁴ Olhando a contratação pública para esta realidade com crescente atenção, como são prova as disposições das Diretivas 2014/23 e 2014/24 (artigos 31.º e 49.º, respetivamente) e do CCP (artigo 30.º-A) sobre parcerias para a inovação, disposições que se vieram juntar às disposições anteriormente consagradas sobre procedimento por negociação e diálogo concorrencial.

E, mesmo na ótica do relacionamento entre pessoas coletivas de direito público, intensificou-se o recurso à figura do contrato interadministrativo⁴⁵.

Esta evolução determinou que, desde o último quartel do século passado, se comecem a encontrar na doutrina expressões como “Administração por contrato” e “Estado Contratante”⁴⁶.

Importa sublinhar, julgamos, que esta generalização da utilização do contrato administrativo, se em alguns casos representa uma mera evolução, mais ou menos formal, de realidades já existentes⁴⁷, expressa também noutros casos a revelação de novas realidades colaborativas entre a Administração e entre a Administração e os particulares, não apenas pela crescente atribuição aos cocontratantes do exercício de poderes de autoridade, mas também (embora, em Portugal, sem expressão significativa) com a contratualização do exercício de funções intrinsecamente de soberania⁴⁸, por exemplo para atuação de empresas privadas em teatros de guerra.

⁴⁵ Alexandra Leitão, *Contratos Interadministrativos*, Almedina, 2015, págs. 15 e 16, não olvidando que a cooperação interadministrativa não é uma realidade recente, constata que “esse fenómeno tem vindo a assumir um papel de maior relevo na Administração Pública dos tempos hodiernos.”

⁴⁶ Ambas referidas por Pedro Costa Gonçalves, *Direito dos Contratos...*, pág. 15. A primeira, como refere aquele Autor, surge, porventura pela primeira vez, em A. S. Miller, «*Administration by contract: a new concern for the administration lawyer*», New York University Law Review, vol. 36, (1961). A segunda “corresponde ao título de uma monografia, 1992, de Ian Harden.”

⁴⁷ Atente-se no seguinte exemplo. Até ao final do século passado, e segundo a formulação legal, as câmaras municipais podiam delegar competências nas freguesias. Dispunha o artigo 66.º, n.º 1 da Lei n.º 169/99, de 18 de setembro: “A câmara, sob autorização da assembleia municipal, pode delegar competências nas juntas de freguesia interessadas, mediante a celebração de protocolo, onde figurem todos os direitos e obrigações de ambas as partes, os meios financeiros, técnicos e humanos e as matérias objecto da delegação.”. A atual norma sobre a matéria, constante do artigo 120.º, da Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro, dispõe:

“1 - A delegação de competências concretiza-se através da celebração de contratos interadministrativos, sob pena de nulidade.

2 - À negociação, celebração e execução dos contratos é aplicável o disposto na presente lei e, subsidiariamente, o Código dos Contratos Públicos e o Código do Procedimento Administrativo.”.

Para além da especialidade de estarmos perante delegações de competências entre órgãos de pessoas coletivas distintas, o que implica, como implicava no passado, a indispensabilidade de aceitação da delegação pelo delegado, o regime anterior já previa a celebração de um protocolo, do qual deveriam constar os direitos e obrigações de cada uma das partes.”.

⁴⁸ Ou, no dizer de Pedro Costa Gonçalves, *Direito dos Contratos...*, pág. 14, de “funções eminentemente públicas”.

Sem prejuízo, o ordenamento jurídico nacional é, nas palavras de José Carlos Vieira de Andrade⁴⁹, “no quadro europeu continental, um dos mais amigos da forma contratual, na medida em que, como veremos, para além dos contratos de inspiração francesa, se admite, em geral – agora por influência do direito alemão –, a figura do contrato sobre o exercício de poderes públicos (cf. artigo 280.º, n.º 1/b e 285.º, do CCP), que abrange contratos cujas prestações envolvem o uso de poderes de autoridade, incluindo contratos substitutivos de actos administrativos unilaterais.”⁵⁰.

Mas, importa questionar agora, feito este breve enquadramento histórico, qual ou quais os critérios que permitem identificar ou qualificar um contrato como administrativo?

Sendo este um debate longo, rico, e inacabado⁵¹, no âmbito do presente trabalho merece-nos especial atenção a tensão doutrinária suscitada em torno de critérios estatutários e critérios funcionais, considerando a sua relevância para a perspetiva sob a qual apreendemos os poderes exorbitantes de conformação da relação contratual⁵².

A este propósito, parece-nos relevante recordar que o âmbito do contrato administrativo vem sendo, ele próprio, objeto de evolução, desde logo porque nem sempre foi aceite pacificamente que os contratos contemporaneamente designados de contratos de colaboração integravam esse âmbito.

No contexto dessa evolução doutrinária e jurisprudencial sobre o âmbito do contrato administrativo, Maria João Estorninho afirma que “a evolução sofrida quanto à questão

⁴⁹ *Lições de Direito Administrativo*, 5ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017 disponível em <http://hdl.handle.net/10316.2/43588> e consultado em 13 de maio de 2020.

⁵⁰ “Agora”, porque, como é sabido, o Direito alemão manteve-se afastado do conceito de contrato administrativo até à segunda metade do século XX, sendo que a sua consagração na Lei de Procedimento Administrativo de 1976 teve como referência um conceito restrito do exercício de poderes de autoridade e em situações muito concretas e específicas.

⁵¹ Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Contratos Públicos ...*, pág. 30, afirmam que “Desde as origens do conceito de contrato administrativo que a doutrina busca um critério que permita proceder à sua delimitação em face dos contratos de direito privado celebrados pela Administração. Trata-se de um dos problemas mas complexos, e efectivamente mais discutidos, do direito administrativo moderno.”

⁵² A bibliografia é, naturalmente, vastíssima, referindo-se, entre outros, Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito...*, vol. II, Almedina, 2010 – 10.ª reimpressão da edição de 2001, José Manuel Sérvulo Correia *Legalidade e autonomia contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, 1987 e Mark Bobela-Mota Kirkby, *Conceito e critérios de qualificação do contrato administrativo: um debate académico com e em homenagem ao Senhor Professor Sérvulo Correia – Do artigo 178.º do CPA ao artigo 1.º, n.º 6 do CCP – uma alteração do paradigma de qualificação*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, FDUL, Coimbra Editora, 2011, págs. 759 e seguintes.

do grau de autonomização do contrato administrativo face aos contratos civis esteve sempre intimamente relacionada – em termos de causa ou/e de consequência – à questão do regime jurídico do contrato administrativo”, acrescentando que “Para ilustrar esta relação basta pensar que os critérios que mais longe levaram a ideia de uma separação nítida e rígida em termos de natureza jurídica entre contrato administrativo e contrato privado foram precisamente aqueles que partiram da existência de especificidades significativas no regime do contrato administrativo.”, concluindo que “vai havendo a percepção de que, afinal, esse regime do contrato administrativo não é tão “exorbitante” como isso, que a doutrina vai evoluindo para critérios nos quais cada vez é mais diluída a fronteira entre o contrato administrativo e os contratos privados.”⁵³.

Como ensinam Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, “o fenómeno da administrativização da atividade contratual da administração redonda num esbatimento de fronteiras entre os contratos administrativos e os contratos de direito privado da administração.”, avançando que “Todos os contratos da administração prosseguem com maior ou menor grau de intensidade, o interesse público, em termos tais que, em princípio, este deve poder prevalecer sobre os interesses privados com ele conflituantes. Também em consequência disto, todos os contratos da administração estão sujeitos ao direito administrativo; e, mesmo quando é menos extensa, essa sujeição envolve geralmente a aplicação de um regime de direito administrativo de densidade outrora impensável quanto aos contratos ditos de direito privado da administração, designadamente no que toca à procedimentalização da formação do contrato e à suscetibilidade de exercício dos poderes de modificação e resolução unilateral nos contratos de execução continuada. Esta evolução impõe que, *prima facie*, os contratos da administração sejam considerados como atos de gestão pública.”⁵⁴.

De facto (e continuado ainda a seguir a exposição dos autores citados), como vimos já, o contrato administrativo surge na jurisprudência francesa “a partir da administrativização de contratos até então considerados como de direito privado.”.

⁵³ *Requiem pelo Contrato Administrativo*, págs. 115 e seguintes, avançando ainda mais no sentido de entender a que “na última fase da evolução acaba-se mesmo por prescindir de qualquer ideia de “exorbitância” e por reconhecer que o regime jurídico concreto de um contrato administrativo não difere, normalmente, pela sua natureza do de um qualquer contrato privado.”, encontrando-se então a justificação na circunstância de que se trataria de contratos sujeitos, não a um regime jurídico exorbitante, mas a um regime jurídico privativo, estatutário da Administração.

⁵⁴ *Contratos Públicos ...*, págs. 47 a 48.

Como refere Mark Bobela-Mota Kirkby, “há muito que a doutrina e a jurisprudência mantêm em aberto um dissenso importante quanto aos critérios de qualificação de um contrato administrativo: numa análise condensada sobre as posições mais recentes da doutrina e jurisprudência nacionais verifica-se uma oscilação entre a qualificação do contrato administrativo através de critérios substantivos, sejam eles os das cláusulas exorbitantes, da ambiência de direito administrativo, do objeto ou do fim de imediata utilidade pública, e, numa perspetiva dissonante, a partir de um critério formal-estatutário.”⁵⁵.

Noutra perspetiva, José Manuel Sérvulo Correia, propondo um critério estatutário, define o contrato administrativo como “um contrato que constitui um processo próprio de agir da Administração Pública e que cria, modifica ou extingue relações jurídicas, disciplinadas em termos específicos do direito administrativo, entre pessoas coletivas da Administração ou entre a Administração e os particulares.”⁵⁶.

Na perspetiva do presente trabalho interessa sobretudo a ideia de um processo próprio de agir, disciplinado em termos específicos do direito administrativo, que “reserva à Administração, ainda que enquanto parte contratual, poderes específicos de direito público”⁵⁷, poderes esses que estão ao serviço, também no âmbito da execução dos contratos administrativos, da prossecução do interesse público, como adiante melhor explicitaremos.

1.3. Contratos públicos e contratos administrativos na versão original do CCP

A importância crescente dos contratos administrativos no conjunto da atividade administrativa foi reconhecida no Preâmbulo do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008.

Expressivamente, afirmou então o legislador que o CCP se assumia como “instrumento de codificação da disciplina aplicável à contratação pública e do regime substantivo dos contratos administrativos, motivado pela necessidade de uniformização de regras dispersas, de regulamentação de vazios jurídicos, de simplificação procedimental e de

⁵⁵ *Conceito e critérios de qualificação do contrato administrativo...* pág. 765.

⁵⁶ José Manuel Sérvulo Correia, *Legalidade e autonomia contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, 1987, pág. 394.

⁵⁷ Pedro Miguel Matias Pereira, *Os Poderes do Contraente Público no Código dos Contratos Públicos*, Coimbra Editora, 2011, 1.ª edição, pág. 15.

modernização legislativa”⁵⁸, prosseguindo o objetivo, afirmava ainda o legislador, de “introduzir um maior rigor e celeridade em matéria de contratação pública e de execução de contratos administrativos, tendo em conta a relevância da actividade administrativa contratualizada”⁵⁹, oferecendo o Código, na sua redação original, uma noção de contrato administrativo⁶⁰.

José Manuel Sérvulo Correia afirma, e referindo-se “ao regime do contrato administrativo tal como delineado na Parte III do CCP”, que constitui este “por certo um ponto de partida para futuros voos teóricos e desenvolvimentos legislativos”, mas também “um ponto de chegada”⁶¹.

Concomitantemente, a versão original do CCP (artigo 1.º, n.º 2) oferecia também uma definição de contrato público, a saber: “todos aqueles que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes referidas no presente Código.”.

Mais dispunha o n.º 5 do mesmo artigo que “O regime substantivo dos contratos públicos estabelecido na parte iii do presente Código é aplicável aos que revistam a natureza de contrato administrativo.”⁶².

Como refere Mário Aroso de Almeida, “o CCP, em 2008, podia ter-se limitado a ser um Código apenas dirigido a disciplinar os contratos de procura pública abrangidos pelo

⁵⁸ Ponto primeiro do Preâmbulo.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ Artigo 1.º, n.º 6: “Sem prejuízo do disposto em lei especial, reveste a natureza de contrato administrativo o acordo de vontades, independentemente da sua forma ou designação, celebrado entre contraentes públicos e co-contratantes ou somente entre contraentes públicos, que se integre em qualquer uma das seguintes categorias:

a) Contratos que, por força do presente Código, da lei ou da vontade das partes, sejam qualificados como contratos administrativos ou submetidos a um regime substantivo de direito público;

b) Contratos com objecto passível de acto administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos;

c) Contratos que confiram ao co-contratante direitos especiais sobre coisas públicas ou o exercício de funções dos órgãos do contraente público;

d) Contratos que a lei submeta, ou que admita que sejam submetidos, a um procedimento de formação regulado por normas de direito público e em que a prestação do co-contratante possa condicionar ou substituir, de forma relevante, a realização das atribuições do contraente público.

⁶¹ *Conferência O Problema do Contrato Administrativo – Considerações finais de Sérvulo Correia*, in Jornadas de Contratos Públicos (16-17 de maio de 2019, FDUL), Actas, Coordenação de Miguel Assis Raimundo, AAFDL, 2020, pág. 197.

⁶² Sublinha-se a expressão “regime substantivo dos contratos públicos”, não obstante o título da Parte III do Código: “Regime substantivo dos contratos administrativos”.

âmbito de aplicação das Diretivas europeias, regulando os procedimentos de formação desses contratos e o respetivo regime substantivo. A verdade, porém, é que o CCP teve a pretensão de ir mais longe, partindo de um conceito mais amplo de contrato público, à luz do qual se propôs definir, no Título I da Parte III, um detalhado regime para os contratos administrativos em geral, independentemente de tais contratos estarem ou não sujeitos à Parte II.”⁶³.

José Carlos Vieira de Andrade afirmava que “o regime de contratação estabelecido no CCP não se aplica (...) a todos os contratos celebrados pelas entidades adjudicantes, mas apenas àqueles cujas prestações suscitem, pelo menos potencialmente, a concorrência no mercado (v. artigos 5.º, n.º 1, e 16.º, n.º 2) – por isso se pode dizer que há contratos celebrados pela Administração que não são, afinal, para efeitos de regime de formação, verdadeiros “contratos públicos”, no sentido europeu (todos aqueles que não envolvam problemas de concorrência, entre os quais se contam alguns contratos administrativos, entre os quais, designadamente, contratos interadministrativos e contratos sobre o exercício de poderes públicos), identificando o Autor no CCP um outro conceito, “tendencialmente mais restrito: o de contrato administrativo, celebrado por contraentes públicos (entre si ou com “co-contratantes privados”), para efeitos de aplicação do regime substantivo dos contratos de natureza administrativa – regime de execução, modificação e extinção das relações jurídicas administrativas (artigo 1.º, n.º 5, referido à Parte III).”⁶⁴.

Importa sublinhar também que a Diretiva 2004/18, que o CCP visava, não apenas, mas também, transpor para o direito interno, integrou, pela primeira vez, e no que respeita ao Direito da União Europeia, uma noção de contrato público⁶⁵, constante do artigo 1.º, n.º 2, alínea a): “«Contratos públicos» são contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais entidades adjudicantes, que

⁶³ *Apreciação geral da revisão do Código dos Contratos Públicos: em particular os novos regimes dos artigos 280.º e 313.º do CCP*, in *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, coordenação de Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Tiago Serrão e Marco Caldeira, AAFDL Editora, 2017, págs. 23 e 24.

⁶⁴ *Lições de Direito Administrativo*, págs. 254 e 255.

⁶⁵ As anteriores Diretivas não usaram a expressão contrato público. A Diretiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de junho de 1992, referia-se a “contratos públicos de serviços” – artigo 1.º, alínea a) – e a Diretiva 77/62/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1976, também no artigo 1.º, alínea a), referia-se a contratos de fornecimento de direito público.

têm por objecto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços na acepção da presente directiva.”⁶⁶.

Entre a definição de contrato público constante das Diretivas de 2004 e a definição adotada pela versão original do CCP regista-se como evidente pelo menos uma diferença: enquanto na aceção da Diretiva são contratos públicos os contratos onerosos celebrados por entidades adjudicantes que têm por objeto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços, para o legislador nacional seriam contratos públicos *tout court* todos os celebrados por entidades adjudicantes⁶⁷.

1.4. As Diretivas Europeias de 2014

A profunda revisão do CCP realizada em 2017 pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto⁶⁸, visava, em primeira instância, responder à necessidade de transpor para o direito interno as novas Diretivas Europeias de 2014 sobre contratação pública⁶⁹.

Entre as numerosas alterações de que o CCP foi objeto conta-se também a matéria relativa à definição de contrato público e à definição do âmbito de aplicação da Parte III do CCP, em parte em cumprimento da obrigação de transposição das Diretivas de 2014.

De facto, estas Diretivas constituem, no que à conformação da relação contratual de contratos públicos respeita, por ora, pelo menos, o culminar de um caminho de europeização do regime substantivo dos contratos públicos, por enquanto ainda restrito às matérias concernentes à modificação unilateral do subjetiva e objetiva do contrato.

Para compreender o ajustamento operado pelo legislador em 2017, importa enunciar uma breve resenha sobre a evolução do âmbito assumido ao longo das últimas décadas pelo Direito Europeu dos Contratos Públicos, no que respeita à modificação dos contratos.

O Tratado de Roma que instituiu a Comunidade Económica Europeia (CEE), assinado em 25 de março de 1957, afirmava desde logo como meios para alcançar os fins

⁶⁶ Definição mantida com ligeiros ajustamentos de forma, nas Diretivas de 2014.

⁶⁷ Em rigor, são duas: a definição da Diretiva inclui o conceito de onerosidade.

⁶⁸ Com início de vigência em 01 de janeiro de 2018.

⁶⁹ As Diretivas do Parlamento Europeu e do Conselho n.ºs 2014/23, 2014/24 e 2014/25, todas de 26 de fevereiro.

instituídos para a CEE a eliminação entre os Estados-membros dos direitos aduaneiros e das restrições quantitativas à importação e exportação de mercadorias, a abolição dos obstáculos à livre circulação de pessoas, de serviços e de capitais, e o estabelecimento de um regime que garantisse que a concorrência não seria falseada no mercado comum.

No início da década de setenta foram aprovadas as primeiras Diretivas sobre contratação pública⁷⁰, a saber, a Diretiva 70/32/CEE da Comissão, de 17 dezembro de 1969, e a Diretiva 71/304/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, cujos objetos eram, respetivamente, o fornecimento de bens e a execução de empreitadas de obras públicas. Ambas as Diretivas adotavam a perspectiva da eliminação de restrições ao estabelecimento do mercado comum, constantes das legislações dos Estados membros⁷¹, motivo pelo qual mereceram a designação Diretivas de integração negativa.

No que respeita a empreitadas de obras públicas, em simultâneo com a publicação da Diretiva 71/304/CEE foi também publicada a Diretiva 71/305/CEE do Conselho, também de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos nacionais de adjudicação de empreitadas de obras públicas.

Esta última Diretiva, bem como a Diretiva 77/62/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1976, relativa à coordenação dos processos de celebração dos contratos de fornecimento de direito público, apresentava, embora com muito menos extensão e densificação, uma estrutura próxima das atuais Diretivas sobre contratação pública⁷², podendo ser designadas por Diretivas clássicas⁷³.

Quer por alguma natureza ainda incipiente, quer pela exclusão de setores importante dos respetivos âmbitos⁷⁴, quer por atuação dos Estados membros, na transposição menos fidedigna dos normativos europeus, e na manutenção de normas internas protecionistas de cariz mais ou menos técnico, as Diretivas 71/305/CEE e 77/62/CEE ficaram aquém dos objetivos almejados.

⁷⁰ A Diretiva 71/304/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971.

⁷¹ A primeira à livre circulação de mercadorias e a segunda à adjudicação de empreitadas.

⁷² Disciplinando matérias como a publicitação dos concursos, prazos mínimos para apresentação de propostas, especificações técnicas e critérios de adjudicação, disciplina aplicável a procedimentos cujo montante estimado fosse superior a determinados limiares.

⁷³ Embora a designação não recolha, reconhece-se, unanimidade na doutrina.

⁷⁴ Por exemplo, a Diretiva 71/305/CEE excluía do seu âmbito de aplicação a adjudicação de obras públicas por organismos de direito público que gerissem serviços de transporte.

O mercado europeu da contratação pública ganhou novo incremento com a revisão dos Tratados de Roma pelo Ato Único Europeu^{75 76}, e com a publicação, dois anos antes, do Livro Branco da Comissão ao Conselho Europeu sobre a realização do mercado interno, que evidenciava uma parte relevante do produto interno bruto ter origem nos contratos de procura pública, que continuavam a ser alvo de protecionismo pelos Estados membros, quadro para o qual continuava ainda a contribuir alguma incipiência das Diretivas.

O período que se seguiu à entrada em vigor do Ato Único Europeu foi de aprofundamento e consolidação das normas de direito europeu relativas à contratação pública, quer alargando o seu âmbito a setores excluídos (ou parcialmente excluídos)⁷⁷, quer aprovando Diretivas específicas para objetos específicos de contratação⁷⁸, quer ainda aperfeiçoando as Diretivas existentes, tudo em vista do cumprimento do objetivo de realizar o mercado interno europeu.

Em 1996, a Comissão Europeia publicou uma nova reflexão alargada sobre *o direito dos contratos públicos*⁷⁹, enfatizando novamente⁸⁰ que, não obstante os resultados muito encorajadores obtidos a nível da transparência, em termos de impacto económico, os dados de que dispunha eram menos positivos e revelavam que continuavam a existir problemas no que se referia à eficácia da legislação na prática, mesmo se se comesçassem a registar algumas evoluções positivas, não apenas, mas também, porque subsistiam atrasos na transposição das Diretivas para os direitos internos, e porque a transposição das Diretivas era por vezes deficiente, não esquecendo ainda a dificuldade de entidades adjudicantes e agentes económicos se adaptarem a novas realidades.

Em 2004 foram publicadas as Diretivas 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação

⁷⁵ Que entrou em vigor em 1 de julho de 1987.

⁷⁶ Considerando que um dos novos domínios políticos que passaram a beneficiar de um regime de deliberação por maioria qualificada foi precisamente o do mercado interno.

⁷⁷ Diretiva 90/531/CEE do Conselho, de 17 de Setembro de 1990, relativa aos procedimentos de celebração dos contratos de direito público nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações.

⁷⁸ Diretiva 92/50/CEE do Conselho de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços.

⁷⁹ Livro Verde *Os contratos públicos na União Europeia: Pistas de Reflexão para o Futuro*, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:51996DC0583&from=EN> e consultado em 03 de setembro de 2020.

⁸⁰ Livro Verde, *Os contratos públicos...*, pág. 3.

dos contratos nos setores da água, energia, transportes e serviços postais e 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitadas de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos de prestação de serviços, normativos que introduziram alterações profundas no direito europeu dos contratos públicos.

Efetivamente, desde logo pelo exercício feito visando a simplificação dos procedimentos pré-contratuais, mas também pelas alterações introduzidas ao nível dos critérios de adjudicação e ao acolhimento da relevância da prossecução de políticas públicas em sede de contratação pública, designadamente no que concernia a políticas ambientais e sociais.

Esta evolução do Direito europeu dos contratos públicos, que brevemente relatámos, centrou-se, historicamente, na promoção do acesso ao mercado público da contratação, quer pela eliminação de entraves a esse acesso, quer pelo combate a práticas protecionistas dos Estados membros, na promoção da livre circulação de bens na União Europeia, e na criação de um ambiente de transparência na formação dos contratos, permitindo alimentar a ideia de que a execução dos contratos seria matéria (ainda) deixada aos direitos nacionais dos Estados membros.

Porém, a par deste caminho, foi sendo percorrido um outro, assente no nexo intrínseco que existe entre o regime de formação dos contratos públicos e a sua execução⁸¹, através do qual o Direito europeu foi entrando no regime de execução dos contratos públicos, sem, contudo, assumir uma disciplina expressa da conformação da relação contratual⁸², seja porque não a qualificava como tal, seja porque não disciplinava (ainda)

⁸¹ Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos...*, pág. 122, afirma “parecer claro que o procedimento de formação também influencia (ou, vista a questão de outro modo, integra) o “regime substantivo” de todos os contratos públicos”. No mesmo sentido, Paulo Otero, *Incumprimento e cessão da posição contratual: alguns problemas decorrentes do novo artigo 318º-A do CCP*, in *Revista de Contratos Públicos* n.º 16, Cedipre, 2018, pág. 9, afirma: “Observa-se uma pós-eficácia da ordenação do procedimento pré-contratual ou, numa perspetiva diferente, pode dizer-se que a adjudicação não extingue o procedimento pré-contratual, antes este entra num “estado de coma jurídico”, passível de recuperar a sua eficácia, em qualquer momento da vida do contrato celebrado, num cenário de eventual cessão da posição contratual, significando isto que o procedimento pré contratual pode converter-se num procedimento pós-contratual, gerador de um novo cocontratante para o contrato já existente;”.

⁸² Veja-se, por exemplo, a disciplina contida no artigo 37.º da Diretiva 2004/17/CE, sobre subcontratação, ainda assim justificada, como pode ler-se no Considerando 43 da mesma Diretiva, pela conveniência em prever disposições em matéria de subcontratação a fim de favorecer o acesso das pequenas e médias empresas aos concursos públicos.

expressamente qualquer um dos poderes classicamente tidos como conformadores da execução contratual.

Enfatizando, Miguel Assis Raimundo afirmava em 2011⁸³, e discordando da opinião de Pedro Costa Gonçalves, que *se era correta, não nos parece que ainda o seja uma ideia segundo a qual a que teríamos hoje, em matéria de Direito Comunitário, sobre fase de execução do contrato, seriam apenas “indícios de um crescente interesse”, ainda não consubstanciados em “normas positivas”, as quais seriam ainda “exclusivamente direcionadas para a regulamentação dos procedimentos de adjudicação”*⁸⁴.

E, se dúvidas houvesse, as Diretivas de 2014 passaram a incluir disciplina expressa relativa à modificação de contratos durante o seu período de vigência e à resolução unilateral de contratos pelo contraente público⁸⁵.

Assim, após um longo caminho, centrado no acesso ao mercado público da contratação, a União Europeia, primeiro através da jurisprudência⁸⁶, e depois através da consagração nas Diretivas de 2014, formalizou uma disciplina relativa à conformação da relação da contratual, ou, sendo mais específicos, ao poder de modificação do contrato, um dos mais revelantes poderes de conformação da relação contratual tradicionalmente conferidos à Administração, e até agora disciplinado apenas pelos direitos internos dos Estados Membros.

Com as Diretivas de 2014, o Direito europeu dos contratos públicos assumiu inequivocamente que a defesa do princípio da concorrência não se restringe à fase de formação dos contratos, havendo que conter o *ius variandi*⁸⁷ em limites aptos a manter acautelado aquele princípio, e, por maioria de razão, que a disciplina da contratação pública europeia não se deveria conter na fase de formação dos contratos.

⁸³ *A formação dos contratos públicos...*, pág. 123.

⁸⁴ As expressões entre aspas são de Pedro Costa Gonçalves, *A relação jurídica fundada em contrato administrativo*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 64, julho/agosto de 2007, págs. 36 a 46.

⁸⁵ Constante dos artigos 43.º e 44.º (Diretiva 2014/23/UE), 72.º e 73.º (Diretiva 2014/24/UE) e 88.º e 89.º (Diretiva 2014/25/UE).

⁸⁶ Não obstante o contributo relevantíssimo da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia para este caminho, no essencial a propósito da análise de modificações dos objetos dos contratos, não aprofundaremos neste ponto esse contributo, em virtude de ser imprescindível falar dele quando abordarmos o poder de modificação unilateral do contrato, e por isso para aí remetendo.

⁸⁷ Ou, na expressão de Digo Freitas do Amaral, *a potestas variandi*, *Curso de Direito...*, Vol. II, págs. 618 a 619.

E, como é compreensível, a nova disciplina sobre a matéria constante das Diretivas de 2014 visa, em última instância, constituir, seguramente, uma limitação à atuação do contraente público.

Como afirma a propósito Isabel Celeste Monteiro da Fonseca, “parece agora certo (e definitivo) que não pode continuar a remeter-se para o Bunker legal nacional o tema das modificações introduzidas no contrato durante a sua execução, aconteçam estas unilateralmente, por ato administrativo, ou por acordo, sejam invocadas razões de interesse público ou outras, designadamente a da alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar”⁸⁸.

No Direito nacional existia já uma longa tradição de, precisamente pela sua exorbitância, o exercício desses poderes, específicos e próprios do Direito Administrativo, conhecerem limitações.

Sem prejuízo, os poderes de autoridade de que a Administração continua investida na conformação das relações contratuais, e também no que concerne à modificação unilateral do objeto do contrato, fundamentados na prossecução do interesse público, continuam a traduzir uma vincada posição de supremacia do contraente público nas relações que estabelece com o cocontratante.

Mantêm-se portanto atuais as lições de Maria João Estorninho⁸⁹ e de Diogo Freitas do Amaral⁹⁰, quando afirmam que, se na formação do contrato, “a Administração Pública está sujeita “a limitações e restrições que não têm paralelo com aquelas que os particulares enfrentam no exercício da sua capacidade privada de contratar”, já, pelo contrário, na execução do contrato administrativo a Administração “surge sobretudo investida em poderes de autoridade de que os particulares não beneficiam no âmbito dos contratos de direito privado que entre si celebram.”.

A final, olhando para o conceito mais europeu de contrato público, assente sobretudo na defesa do princípio da concorrência (e com regime agora estendido, também para

⁸⁸ *Pressupostos e limites da modificação do contrato público existente: um velho tema, novas dificuldades*, in A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos, edição ICJP e CDIP, 2016 págs. 77 e 78, disponível em linha em https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/e-book_diretivaseuropeias2014eccp_icjp-cidp_fct.pdf e consultado em 08 de agosto de 2020.

⁸⁹ *Requiem pelo Contrato Administrativo*, pág. 121.

⁹⁰ As expressões entre aspas são citações da Autora de Diogo Freitas do Amaral, *Direito Administrativo* (Lições Policopiadas), Lisboa, III, 1985, pág. 440.

prosseguir esse desiderato, a alguns aspetos da respetiva execução), ou para o conceito de contrato administrativo, encontramos realidades concetualmente convergentes: contratos em que o contraente público aparece investido de poderes de conformação acrescidos e legitimados pela prossecução do interesse público, sendo esses poderes limitados, ora mais especificamente pela defesa do princípio da concorrência, ora por princípios mais gerais de direito administrativo.

A propósito, em abordagem conexa (a propósito do ênfase conferido à relevância económica dos contratos públicos) afirma Miguel Assis Raimundo⁹¹ que “uma boa parte dos estudos jurídicos sobre contratação pública começa por justificar o tema com o seu aspeto económico. Essas considerações iniciais facilmente passam, em muitos casos, a uma espécie de justificação unilateral do tratamento do tema, quando em rigor, (...), a sua relevância jurídica ultrapassa em muito essa colocação: as razões que justificam a limitação da liberdade de escolha do co-contratante pelas entidades públicas não são apenas e só razões económicas ou financeiras, são, antes de tudo, razões de princípio. Na realidade, vemos o principal problema levantado pela formação dos contratos públicos como um problema de igualdade; e os problemas de igualdade são problemas de justiça devida, e de justiça devida às pessoas, que em Estado de Direito são todas intrinsecamente dignas, e por isso merecem ser tratadas como iguais.”.

De facto, e enfatizando, os princípios e as normas relativos à execução dos contratos que visam manter a integridade dos fundamentos da escolha do cocontratante são (já eram) comuns nos Estados de direito, embora com diferentes matizes e intensidades, e pré-existentis ao Direito da União Europeia, à construção do mercado interno e à incursão daquele no Direito Administrativo a propósito da defesa da concorrência.

1.5. O Código dos Contratos Públicos e o conceito de contrato público

A versão vigente do Código dos Contratos Públicos teve como última alteração de fundo a operada com a aprovação do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto⁹².

⁹¹ A formação dos contratos públicos..., pág. 26.

⁹² Com início de vigência em 01 de janeiro de 2018. O CCP foi já, entretanto, objeto de várias alterações pontuais.

Mais uma vez, o impulso decisivo para a revisão radicou na necessidade de cumprir a obrigação de transposição de Diretivas da União Europeia, no caso, as de 2014, a que vimos aludindo.

E, no que à matéria que nos ocupa respeita, as alterações introduzidas apresentam, de novo, grande relevância, em particular as alterações introduzidas no artigo 280.º do CCP.

Antes ainda, e como sublinha José Manuel Sérvulo Correia, regista-se que a versão revista do CCP deixou de oferecer uma definição de contrato público⁹³.

Afirma o Autor que “Na versão originária do CCP, definiam-se os contratos públicos como sendo “... todos aqueles que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes referidas no presente Código” (n.º2 do artigo 1.º). Tal definição desapareceu da versão revista e não se percebe qual a razão para tanto. Não deixa de ser estranho que um assim denominado “Código dos Contratos Públicos” não apresente uma referência definitiva do seu objeto.”⁹⁴.

Afirma ainda o Autor, de forma impressiva, que “Ter-se-á, porventura, querido assim fugir à dificuldade em atingir uma visão sincrética e unitária da matéria do Código a qual, a propósito do âmbito do diploma, desde logo aflora na contraposição entre os n.ºs 2 e 5 do artigo 2.º. Dado que o n.º 2 refere a aplicabilidade de um regime procedimental e o n.º 5 a aplicabilidade de um regime substantivo e embora saibamos que os critérios de incidência deste último não ocorrem quanto a todos os contratos provenientes da aplicação do regime procedimental em causa, dir-se-ia *prima facie* que, embora sobrecarregado, o título do diploma seria mais rigoroso se rezasse “Código dos Contratos Públicos e dos Contratos Administrativos”⁹⁵.

Sobre os n.ºs 1 e 2 do artigo 280.º, Gonçalo Guerra Tavares afirma que “a revisão do CCP de agosto de 2017 veio assumir (...) a opção inovadora de circunscrever a aplicação da Parte III do Código (nomeadamente, a sua parte geral), aos contratos

⁹³ Para além de, regista-se, o Código não nos oferecer agora uma definição de contrato público, uma vez que foi eliminada do artigo 1.º, n.º 2 a expressão “entendendo-se como tal”, como contratos públicos, recorda-se.

⁹⁴ *A revisão das disposições gerais sobre o âmbito de aplicação do código dos contratos públicos*, in e-Pública, Revista Eletrónica de Direito Público, Vol. 4, n.º2, dezembro de 2017, disponível em <https://www.e-publica.pt/volumes/v4n2a01.html> e consultado em 23 de dezembro de 2020.

⁹⁵ Idem.

administrativos que sejam simultaneamente contratos públicos sujeitos aos procedimentos de contratação respetiva da Parte II - ou seja, a Parte III só se aplica aos contratos administrativos cujas prestações estão ou sejam suscetíveis de estar sujeitas à concorrência do mercado”⁹⁶.

Já o n.º 3 do mesmo artigo veio, nas palavras de Mário Aroso de Almeida, “Em estrito cumprimento das Diretivas Europeias de 2014 (...), clarificar que as disposições do Título I da Parte III «que têm por objetivo a defesa dos princípios gerais da contratação pública e dos princípios da concorrência e da igualdade de tratamento e não discriminação, e em concreto as disposições relativas aos regimes da invalidade, limites à modificação objetiva, cessão da posição contratual e subcontratação, são aplicáveis, com as devidas adaptações, aos contratos sujeitos à parte II, ainda que estes não configurem relações jurídicas contratuais administrativas», ou seja, ainda que eles não sejam contratos administrativos, por não preencherem nenhum dos critérios de administratividade enunciados no n.º 1.”⁹⁷.

Os conceitos de contrato público e de contrato administrativo não se confundem, como resulta claro dos artigos 1.º, n.ºs 1, 2 e 5 e 280.º, n.º 1 do CCP⁹⁸.

O conceito de contrato público que procuramos é, portanto, muito mais restrito do que o conceito de contrato público, por assim dizer, clássico, e diferente do conceito de contrato administrativo.

Acompanhamos o pensamento de Miguel Assis Raimundo, expresso em 2011⁹⁹, e para o qual remetemos, no sentido de o contrato público ser aquele que é suscetível de concorrência, em função de seis referenciais (ou teses), que se devem verificar cumulativamente: (i) “Tem uma ligação qualificada à satisfação de necessidades públicas”, (ii) “É celebrado por entidades adjudicantes que são entidades públicas ou equiparadas”, (iii) “Tem um regime público de formação, permeado por particulares exigências e por particulares poderes que só podem ser explicados com recurso aos esquemas de direito público”, (iv) “Tem um regime jurídico-público de controlos

⁹⁶ *Comentário ao Código dos Contratos Públicos*, Almedina, 2019, pág. 645.

⁹⁷ *Apreciação geral da revisão do Código dos Contratos Públicos...*, pág. 28.

⁹⁸ Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito...*, vol. II, Almedina, 2010 – 10.ª reimpressão da edição de 2001, págs. 498 ensinava que “Convém não identificar as expressões “contrato público” e “contrato administrativo”: a primeira representa o género de que a segunda é uma espécie.”.

⁹⁹ *A formação dos contratos públicos...*, págs. 64 e seguintes.

específicos”, (v) “Tem limitações relativas à sua eficácia, validade e conteúdo que só podem entender-se como tributárias dos esquemas do direito público”, e (vi) “É suscetível de variações de conteúdo, por um lado, e de limitações a essas variações de conteúdo, por outro lado, só explicáveis com recurso aos valores e mecanismos do direito público.”.

Sem prejuízo, e ao invés de maiores desenvolvimentos sobre cada um dos referenciais, amplamente fundamentados pelo Autor citado, será porventura de maior utilidade olhar para uma realidade que, de tão específica, suscitará um cuidado especial no seu enquadramento: falamos dos contratos subsidiados, em particular os previstos no artigo 275.º, n.º 1 do CCP que dispõe que a Parte II do CCP é aplicável à formação de contratos de empreitadas de obras¹⁰⁰ e contratos de serviços diretamente subsidiados diretamente em mais de 50% do respetivo preço contratual por entidades adjudicantes, quando o preço contratual seja superior aos respetivos limiares fixados em cumprimento das Diretivas e acima dos quais deve ser utilizado um procedimento concorrencial.

Ora, se não suscita especial reflexão a atribuição daqueles poderes típicos da relação contratual administrativa a entes equiparados, fundamentada na prossecução do interesse público que é também cometida a essas entidades, seja enquanto organismos de direito público¹⁰¹, seja, por exemplo, pela titularidade de concessões de serviços públicos, já merecem mais ponderação as situações relativas a contratos subsidiados, na medida em que as entidades beneficiárias poderão ser, e muitas vezes o são, entidades privadas, que prosseguem, naturalmente, os seus fins, por natureza e definição privados.

Ainda antes da publicação das Diretivas de 2014, e da sequente revisão do CCP operada em 2017, Miguel Assis Raimundo questionava¹⁰², no âmbito da formação dos contratos públicos, se as entidades puramente privadas, que celebrem determinados contratos financiados em mais de 50% por fundos públicos, poderiam ser consideradas públicas

¹⁰⁰ A alínea a) do n.º 1 do preceito restringe o âmbito de aplicação a apenas algumas atividades e obras de construção, mas mantendo apesar de tudo um vasto campo de aplicação.

¹⁰¹ Falamos, antes de mais, do universo de entidades abrangidas pelo conceito de organismo de direito público, em função dos critérios de financiamento maioritário e/ou de prossecução de necessidades de interesse geral. Com interesse para o tema, Pedro Fernández Sánchez, “*O âmbito de aplicação do regime de contratação pública: organismos de direito público e entidades privadas*”, in “*Contratação Pública – I*”, Centro de Estudos Judiciários, 2017, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_ContratacaoPublicaI.pdf e consultado em 17 de julho de 2020.

¹⁰² “*A formação dos contratos públicos...*”, págs. 90 a 91.

ou equiparadas, respondendo afirmativamente à questão, e limitando essa qualificação à atividade de dispersão de fundos públicos associada ao financiamento e por causa dessa atividade (detalhando ainda que, naturalmente, o valor atribuído teria de o ser sem existência de uma contraprestação específica devida, aparecendo a entidade que atribui o subsídio como promotora do bem estar social e não como cliente).

Justificava o Autor este entendimento com o facto de o financiamento relevante com fundos públicos (mais de 50%) legitimar o controlo pela comunidade política criando uma conexão relevante com o setor público.

Contudo, se a aplicação da Parte II do CCP à formação destes contratos não oferecia dúvidas, já não se apresentava linear a aplicação do regime substantivo dos contratos administrativos.

Para admitir essa possibilidade, seria necessário conceder numa de duas hipóteses.

Ou que as entidades privadas cujos contratos fossem subsidiados em mais 50% assumiam a qualidade de contraentes públicos, por serem uma das entidades adjudicantes referidas no artigo 2.º, n.º 1 do CCP¹⁰³, ou por aplicação da previsão do artigo 1.º, n.º 6, alínea a) do CCP, que qualificava como contratos administrativos aqueles “Contratos que a lei submeta, ou que admita que sejam submetidos, a um procedimento de formação regulado por normas de direito público e em que a prestação do co-contratante possa condicionar ou substituir, de forma relevante, a realização das atribuições do contraente público.”.

Qualquer uma das hipóteses devia suscitar, julgamos, fortes reservas, que, a procederem, conduziriam à constatação da existência de contratos sujeitos a um procedimento de formação específico da contratação pública, mas aos quais não seriam aplicáveis os poderes exorbitantes típicos do contrato administrativo.

As disposições das Diretivas de 2014 sobre modificação de contratos durante o seu período de vigência e, sobretudo, a sua transposição para o Direito interno vieram trazer alguma luz sobre a questão.

De facto, e como vimos já, o artigo 280.º, n.º 3 do CCP dispõe agora que “As disposições do presente título que têm por objetivo a defesa dos princípios gerais da

¹⁰³ Por remissão do artigo 3.º, n.º 1, alínea a).

contratação pública e dos princípios da concorrência e da igualdade de tratamento e não-discriminação, e em concreto as disposições relativas aos regimes de invalidade, limites à modificação objetiva, cessão da posição contratual e subcontratação são aplicáveis, com as devidas adaptações, aos contratos sujeitos à parte II, ainda que estes não configurem relações jurídicas contratuais administrativas.”.

Assim, embora estes contratos não configurem relações jurídicas contratuais administrativas, ficam os respetivos titulares vinculados àqueles princípios e às normas que os densificam, o que, aliás, bem se compreende¹⁰⁴.

Olhando, a título de exemplo, para as normas sobre modificação do contrato, pouco sentido faria que, em virtude de o contrato subsidiado implicar a afetação de fundos públicos relevantes, a respetiva formação estivesse sujeita à Parte II do CCP, precisamente para (não apenas, mas também) cumprir o princípio da concorrência, e, depois de celebrado o contrato, pudesse este ser, por acordo das partes, livremente modificado.

A distinção entre contrato (de direito) público e contrato administrativo¹⁰⁵ é um tema cuja discussão, se não interminável, se apresenta longe de chegar ao fim, até porque os conceitos não são imutáveis¹⁰⁶.

¹⁰⁴ José Manuel Sérvulo Correia, *A revisão das disposições gerais...*, afirma que “O n.º 3 do artigo 280.º ganha no entanto inusitada altura ao prescrever a aplicação (sujeita a juízo adaptativo) aos contratos formados ao longo do procedimento arquitetado na Parte II, mesmo quando se não destinem a conformar relações jurídicas administrativas, de segmentos do regime substantivo dos contratos administrativos, como os respeitantes à invalidade, à modificação objetiva, à cessão da posição contratual e subcontratação. (...) Agora, trata-se de sujeitar de uma penada a trechos cardinais do regime material dos contratos administrativos, em função do procedimento pré-contratual seguido, contratos sem curar de saber se correspondem a qualquer dos indicadores de materialidade administrativa do n.º 1 do artigo 280.º”.

¹⁰⁵ E, não nos esqueçamos, contrato de direito privado da Administração.

¹⁰⁶ Neste preciso âmbito, e ilustrando, julgamos, a dificuldade do tema, Ana Gouveia Martins, *A modificação dos contratos no anteprojecto do Código dos Contratos Públicos*, in Atas da Conferência A Revisão do Código dos Contratos Públicos, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas e Centro de Investigação de Direito Público, 2016, disponível em https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_revisaoccp_icjp2016_fct.pdf e consultado em 23 de junho de 2020, págs. 295 a 296, refere, analisando a extensão do âmbito aplicativo resultante da nova redação do artigo 80.º, n.º do CCP (embora tendo ainda por referência o AnteProjeto) que “não faz qualquer sentido que inúmeras normas da Parte III do APCCP tenham passado a referir-se aos contratos públicos (v.g., art. 283º, n.º 2, 284º, n.º 3, art. 285º, n.º 2 e 3, respeitante à invalidade do contrato e art. 313º, n.º 1, que se reporta aos limites à modificação), devendo manter-se a expressão simples de contratos (ou contratos administrativos) ”.

Concluindo, o conceito de contrato público que adotamos no âmbito do presente trabalho é um conceito mais restrito do que o conceito amplíssimo assente no respetivo regime (contrato público celebrado ao abrigo de um regime de direito público) e é um conceito diferente do contrato administrativo clássico (contratos celebrados por entidades administrativas ou equiparadas e sujeitos a um regime substantivo de direito administrativo) sendo enformado por princípios de justiça¹⁰⁷ e de defesa da concorrência¹⁰⁸, pelo Direito nacional e pelo Direito europeu, e incluindo realidades porventura até agora fora do seu âmbito de aplicação.

Como refere Isabel Celeste Monteiro da Fonseca¹⁰⁹, “o regime contido nas Directivas Contratos Públicos/2014, em especial no capítulo IV da Directiva 2014/24, sobre a execução, modificação e rescisão dos contratos públicos, vem bulir com o regime substantivo clássico, de matriz francesa, do contrato administrativo, impondo ao legislador nacional reajustamentos, particularmente no que concerne aos fundamentos e limites da modificação do contrato público existente.”.

E, numa perspetiva ainda mais ampla, Maria João Estorninho afirma que “importa chamar a atenção para o fenómeno da *internacionalização* do Direito dos Contratos Públicos”, enunciando várias razões que o explicam, entre as quais “o facto de as próprias relações contratuais públicas estarem, em si mesmas, cada vez mais frequentemente internacionalizadas, abrindo-se os Estados ao exterior na busca de parceiros a nível internacional.”. Neste contexto, refere a Autora que “O desenvolvimento das relações económicas internacionais tornou cada vez mais frequentes os contratos celebrados entre Estados e entidades estrangeiras ou multinacionais, quer se trate de entidades privadas ou de outras entidades públicas, sejam empresa públicas ou sociedades de capitais públicos, sobre as mais variadas matérias: obras públicas, fornecimento de bens, prestação de serviços, exploração de recursos naturais, gestão de serviços públicos, etc..”¹¹⁰.

Deste movimento de internacionalização dos contratos públicos (e da crescente atenção que estes merecem por parte das instituições internacionais), resultam, ainda segundo as

¹⁰⁷ Conforme anteriormente explicitado, no sentido usado por Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos...*, pág. 26.

¹⁰⁸ Que não são, obviamente, antagónicos.

¹⁰⁹ *Pressupostos e limites da modificação...*, pág. 77.

¹¹⁰ Maria João Estorninho, *Curso de Direito dos Contratos Públicos – Por uma Contratação Pública Sustentável*, Almedina, 2012, págs. 64 a 65.

lições de Maria João Estorninho, “três grandes tendências: Em primeiro lugar, a indiscutível *desnacionalização* do regime jurídico aplicável aos referidos contratos e a perda de domínio dos Estados sobre o regime dos seus contratos públicos. Em segundo lugar, a tendência para a emergência de um modelo internacional de contratação pública, procurando uma harmonização sob a égide de princípios de transparência, de publicidade e de concorrência (...). Do ponto de vista do regime substantivo, e devido a própria submissão a arbitragem internacional, a tendência é no sentido de os árbitros serem reticentes em aceitar a imposição de certas regras especiais como, por exemplo, o poder de modificação unilateral. Por outro lado, tendem a generalizar-se cláusulas de estabilização ou intangibilidade, pelas quais os Estados contratantes se obrigam a não nacionalizar os bens do seu co-contratante ou a não agravar a sua fiscalidade, ou, ainda, a não aprovar legislação que torne mais onerosa a execução do contrato. Finalmente, a influência que as regras externas provocam nos ordenamentos jurídicos internos, ao ponto de bulir com os modelos clássicos de contratação pública de diversos países. (...) No que diz respeito ao Direito Comunitário, mais do que aspetos dispersos e pontuais do regime jurídico, parece-me importante salientar a emergência de um verdadeiro *Direito Europeu dos Contratos Públicos* que parece aspirara substituir os modelos tradicionais nesta matéria.”¹¹¹.

Neste plano, do Direito Europeu, a interrogação que fica é até que ponto o conceito, ele próprio, de contrato administrativo, e não apenas o seu regime, carece de reanálise para melhor enquadrar formalmente duas faces da mesma moeda: prossecução do interesse público e defesa da concorrência.

Ou se, pelo contrário, a simples presença de poderes exorbitantes é suficiente para abarcar no contrato administrativo as novas realidades, com uma marca mais funcional, e menos estatutária, para a qual a coexistência do Direito europeu dos contratos públicos e do Direito interno nos vai conduzindo.

¹¹¹ Maria João Estorninho, *Curso de Direito dos Contratos Públicos...*, págs. 71 a 72.

Capítulo II – Poderes de conformação da relação contratual

2.1. Apresentação e enquadramento

As normas gerais relativas aos poderes de conformação da relação contratual encontram acolhimento no capítulo IV do Título I da Parte III do CCP, integrando aquele capítulo os artigos 302.º a 310.º.

Dispõe o primeiro daqueles artigos que “Salvo quando outra coisa resultar da natureza do contrato ou da lei, o contraente público pode, nos termos do disposto no contrato e no presente Código:”, (i) dirigir o modo de execução das prestações, (ii) fiscalizar o modo de execução do contrato, (iii) modificar unilateralmente as cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato por razões de interesse público, com os limites previstos no presente Código, (iv) aplicar as sanções previstas para a inexecução do contrato, (v) resolver unilateralmente o contrato, e (vi) ordenar a cessão da posição contratual do cocontratante para terceiro.

A expressão “Salvo quando outra coisa resultar da natureza do contrato ou da lei...” restringe, desde logo, o âmbito de aplicação do preceito¹¹².

Comparando a redação do preceito com a versão original do Código, verifica-se que foi acrescentada, no que respeita à modificação unilateral das cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato, a menção aos limites previstos no Código, o que, verdadeiramente, não inova, pois aquelas modificações já anteriormente estavam sujeitas àqueles limites, tendo ainda sido acrescentada, e neste caso inovatoriamente, a referência a um novo poder, o de ordenar a cessão da posição contratual do cocontratante para terceiro, com disciplina específica constante do artigo 318.º-A, a que voltaremos.

¹¹² José Manuel Sérvulo Correia, *Conferência O Problema do Contrato Administrativo...*, pág. 208, refere que “Já na minha tese de doutoramento, sustentava a presunção do caráter substantivamente administrativo dos contratos celebrados pela Administração Pública pelo motivo de ser o Direito Administrativo o Direito comum da atividade desta. Se assim é, (e o CCP adota expressamente tal princípio no seu artigo 280.º, n.º 3), então não faria sentido procurar aprisionar a totalidade dos contratos administrativos sob um regime de sujeição do cocontratante aos poderes de autoridade do contraente público tipificados no artigo 302.º.”

No conjunto do capítulo encontramos, contudo, além de princípios e disposições gerais aplicáveis a todos os atos administrativos emitidos no exercício dos poderes do contraente público¹¹³, a disciplina específica relativa aos poderes de direção do modo de execução das prestações e de fiscalização.

O objeto do capítulo V do mesmo Título é a modificação objetiva do contrato.

Por último, em várias disposições do Título II da Parte III do CCP encontramos ainda a disciplina relativa a poderes de conformação da relação contratual específicos dos diferentes tipos de contratos em especialmente regulados naquele Título.¹¹⁴

Se, quanto a estes últimos, se compreende a sistemática adotada, já quanto aos demais suscita reservas que, no referido capítulo IV, convivam artigos que se aplicam ao exercício de todos os poderes de conformação da relação contratual, com outros que disciplinam o exercício dos poderes de direção e de fiscalização, o que antes de mais tem como efeito conferir aos princípios um menor relevo do que seria adequado.

Criticando a sistemática do CCP sobre a conformação da relação contratual pronuncia-se, embora por referência à versão original do CCP, o que não desvirtua o juízo emitido, na medida em que se mantém aquela inalterada, Carla Amado Gomes, afirmando que “Tal como se encontram arrumados, a ideia que fica é que os poderes de direção e fiscalização são poderes de segunda”¹¹⁵.

Teria sido preferível, julgamos, adotar uma sistemática que colocasse no mesmo plano sistemático os diferentes poderes conferidos ao contraente público, até para contrariar a desvalorização a que por vezes são sujeitos os poderes de direção e fiscalização, muitas vezes pelos próprios contraentes públicos, até porque, na nossa opinião, um recurso mais frequente e sustentado a estes princípios, face à sua dimensão eminentemente pedagógica e preventiva, poderia evitar a jusante o recurso a intervenções mais onerosas, quer para o contraente público, quer para o cocontratante.

Antes de entrarmos propriamente na análise dos diferentes poderes de conformação contratual, proceder-se-á de seguida a um sucinto enunciado sobre a origem, ou a fonte, desses poderes, e o modo como são exercidos.

¹¹³ E também sobre os atos proferidos sob a forma de declarações negociais.

¹¹⁴ Empreitadas de obras públicas, concessões de obras públicas e de serviços públicos, locação de bens móveis, aquisição de bens móveis e aquisição de serviços.

¹¹⁵ *A conformação da relação contratual...*, pág. 4.

2.2. Poderes de conformação da relação contratual como poderes funcionais e como poderes indisponíveis

Como anteriormente já afluámos, a propósito dos critérios de qualificação do contrato administrativo, concebemos os designados poderes exorbitantes de conformação da relação contratual a partir de uma perspetiva funcional, em detrimento de privilegiarmos uma perspetiva estatutária¹¹⁶.

Efetivamente, sendo, ainda e sempre, o contrato administrativo um acordo de vontades (ninguém pode ser obrigado a contratar com a Administração), a maior justificação para a existência de um desequilíbrio entre as partes é precisamente o facto de a execução desse contrato dever servir o interesse público, para além de, naturalmente, dever servir também o interesse próprio e específico do cocontratante.

E dizemos interesse próprio e específico porque, à luz do CCP, o interesse público é também, ou passa a ser, com a celebração do contrato, um interesse que o cocontratante deve prosseguir, ou, para sermos mais rigorosos, em conformidade com o qual deve atuar¹¹⁷.

De facto, para além da vinculação geral do contraente público e do cocontratante a um dever de colaboração recíproca¹¹⁸ e da natural vinculação de ambos ao princípio da boa-fé¹¹⁹, dispõe o artigo 286.º do CCP que “O contrato constitui, para o contraente público e para o cocontratante, situações subjetivas ativas e passivas que devem ser exercidas e cumpridas (...) em conformidade com os ditames do interesse público, nos termos da lei.”.

¹¹⁶ O que não significa a rejeição de uma perspetiva institucional do contrato. Pelo contrário, os vínculos intensos criados pelo contrato entre o contraente público e o cocontratante para isso apontam.

¹¹⁷ Pedro Vaz Mendes, *Pacta Sunt Servanda e Interesse Público nos Contratos Administrativos*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2016, pág. 142, afirma que “o cocontratante da administração, ao celebrar um contrato com esta, estará também implicitamente a subscrever uma adesão ao compromisso de prosseguir o interesse público...”.

¹¹⁸ Dispondo o artigo 289.º do CCP, precisamente sob a epígrafe “Colaboração recíproca”, que “As partes estão vinculadas pelo dever de colaboração mútua, designadamente no tocante à prestação recíproca de informações necessárias à boa execução do contrato.”.

¹¹⁹ Aliás expressamente consagrado na primeira parte do artigo 286.º do CCP.

Vale isto por dizer que o interesse público assume uma tal intensidade¹²⁰ que justifica a oneração do cocontratante com aquele encargo, que, levado à letra, vai muito para além, julgamos, dos princípios da boa-fé e da colaboração recíproca.

Sem aprofundar o tema, embora não por falta de merecimento, que o terá, vale a pena, julgamos, registar uma questão: quando a prossecução do interesse privado, e legítimo, do cocontratante, não for conciliável com o cumprimento dos ditames do interesse público, e seguramente situações existirão, quais as consequências das atuações do cocontratante eventualmente menos conformes aos ditames do interesse público?

A par desta oneração imposta ao cocontratante, também o contraente público aparece particularmente onerado, face às que seriam as normais obrigações emergentes de um contrato privado, registando-se a vinculação do contraente público ao exercício das competências de autoridade que detenha prevenindo “a violação por terceiros de vínculos jurídico-administrativos de que resulte a impossibilidade ou grave dificuldade da boa execução do contrato pelo cocontratante e da obtenção por este das receitas a que tenha direito.”¹²¹.

Esta vinculação específica do contraente público incorpora duas componentes distintas: por um lado, a criação ao cocontratante das melhores condições para a boa execução do contrato, e por outro lado, a criação das melhores condições para que o contrato seja rentável para o cocontratante, isto é, para que a oportunidade de ganho contratada (ou, pelo menos, que existe como uma expectativa legítima decorrente da celebração do contrato) se venha a verificar efetivamente.

No primeiro caso, estamos ainda perante o imperativo da prossecução do interesse público¹²².

¹²⁰ Mário Aroso de Almeida, *Contratos Administrativos e poderes de conformação da relação contratual no novo Código dos Contratos Públicos*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 66, CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho, novembro/dezembro de 2007, pág. 13, refere-se a “ponderosas exigências de interesse público que, há cem anos, levaram o Conselho de Estado francês a entender que, no âmbito das relações emergentes dos contratos sobre os quais era chamado a pronunciar-se, se justificava o reconhecimento de amplas prerrogativas de autoridade ao contraente público.”.

¹²¹ Artigo 291.º do CCP.

¹²² O segundo caso, relativo, à concretização da oportunidade de ganho, constitui uma expressiva concretização do dever de colaboração recíproca consagrado no artigo 289.º do CCP.

E é sobretudo esse interesse público que legitima a posição de supremacia do contraente público na relação contratual, e os especiais poderes de conformação daquela relação que lhe são reconhecidos.

Como escreve Rodrigo Esteves de Oliveira, “Resta dizer que o acto administrativo contratual tem a sua razão de ser no âmbito do contrato administrativo, uma razão prática e de eficiência. É certo que ele representa, de alguma forma, um elemento de distúrbio na lógica do pacto (...) e no próprio conceito de partes (...). O problema é que, se a lógica do pacto pede isso “homogeneidade”, a lógica da função administrativa reclama ou justifica, em alguns casos, precisamente o contrário.”¹²³.

Acresce, e retomando o que atrás ficou dito, que esta é também a perspectiva que melhor quadra com o caminho que o conceito de contrato público *stricto sensu* vai conhecendo, em particular no que respeita a contratos subsidiados, na medida em que, sem prejuízo de um alargamento mais ou menos extenso do conceito de entidade equiparada, mais natural será, julgamos, alcançar a legitimação do exercício de poderes exorbitantes neste âmbito pela critério da função do que pelo critério estatutário, considerando que, se as entidades cujos contratos são subsidiados estão a aplicar dinheiros públicos, é legítimo que possam ser investidos nos mesmos poderes de que as entidades administrativas dispõem para maximizar a boa gestão pública, que integra, naturalmente, o princípio mais geral da prossecução do interesse público.

Assim sendo, os poderes especialmente conferidos ao contraente público para a conformação da relação contratual são poderes funcionais, dirigidos à prossecução do interesse público.

E, nas palavras de Carla Amado Gomes, “São poderes-deveres, dos quais a Administração não pode abrir mão, uma vez que estão funcionalizados à prossecução do interesse público. Constituem poderes co-naturais ao contrato administrativo: existem apesar da ausência de previsão contratual e impõem-se contra a (eventual) exclusão prevista no contrato. Revelam-se, por isso, indisponíveis pelas partes, devendo a alusão do corpo do artigo 302.º ao “disposto no contrato” ser entendida como uma autorização de definição (v.g., dos poderes de fiscalização), mas nunca de restrição (v.g., do poder

¹²³ Rodrigo Esteves de Oliveira, *O acto administrativo contratual*, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 63, CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho, maio/junho de 2007.

de modificação unilateral)”¹²⁴, apenas assim não sucedendo com o poder de aplicação de sanções, previsto no artigo 302.º, alínea d) do CCP.

Em sentido, no essencial, convergente, se pronunciam Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, afirmando que “Quer à luz do proémio do art. 302.º CCP, quer à luz dos princípios fundamentais, é inadmissível que a administração pública renuncie contratualmente a qualquer dos poderes das alíneas a) a c) e e) do art. 302.º CCP. (...) Ainda que a lei permitisse a renúncia contratual a tais poderes, tal seria inconstitucional por violação do princípio da prossecução do interesse público”¹²⁵, sendo importante registar que a afirmação dos autores tem como referência a versão do artigo consignada pelo Decreto-Lei n.º 18/2008.

Na nossa opinião, e pelas mesmas razões, também o (novo) poder constante do artigo 302.º, alínea f) do CCP, de ordenar a cessão da posição contratual do cocontratante para terceiro, deverá ser entendido como um poder indisponível.

Sendo estes poderes indisponíveis, cumpre precisar quais as situações em que está afastada a respetiva possibilidade de aplicação.

Antes de mais, assim será quando resultar da lei.

Depois, quando resultar da própria natureza do contrato, afigurando-se um bom exemplo os contratos de execução instantânea.

Efetivamente, embora concetualmente não seja impossível de configurar, não se afigurará compatível com a previsibilidade e certeza que devem conformar a contratação pública, e porventura, nem sequer possível, de facto, por exemplo, a modificação (unilateral ou não) do objeto de um contrato de execução instantânea.

2.3. Modo de exercício dos poderes de conformação da relação contratual

O artigo 307.º, n.º 1 do CCP dispõe, sob a epígrafe “Natureza das declarações do contraente público” que “Com exceção dos casos previstos no número seguinte, as declarações do contraente público sobre interpretação e validade do contrato ou sobre a

¹²⁴ Carla Amado Gomes, *A conformação da relação contratual...*, pág. 5.

¹²⁵ *Contratos Públicos ...*, pág. 162.

sua execução são meras declarações negociais, pelo que, na falta de acordo do cocontratante, o contraente público apenas pode obter os efeitos pretendidos através do recurso à ação administrativa.”, acrescentando o n.º 2 que “Revestem a natureza de ato administrativo as declarações do contraente público sobre a execução do contrato que se traduzam em:” (i) ordens, diretivas ou instruções no exercício dos poderes de direção e de fiscalização, (ii) modificação unilateral das cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato por razões de interesse público, (iii) aplicação das sanções previstas para a inexecução do contrato, (iv) resolução unilateral do contrato e (v) cessão da posição contratual do cocontratante para terceiro.

Assim, e não se perdendo de vista que o contrato sob disciplina é um verdadeiro contrato, mantém-se a consagração da paridade das partes, traduzida na estatuição da regra geral, ou do princípio, de que as declarações do contraente público sobre interpretação, validade e execução do contrato são meras declarações negociais¹²⁶.

Estas declarações negociais, assumindo embora a natureza de atos administrativos, não consubstanciam o exercício de poderes de conformação da relação contratual como são, estes, usualmente entendidos, sendo a ação administrativa o meio adequado para os contraentes públicos efetivarem “os seus direitos em matéria de interpretação, validade ou execução dos contratos administrativos”¹²⁷, conforme previsto no artigo 37.º, n.º 1, alínea l) do Código de Processo nos Tribunais Administrativos¹²⁸, que dispõe no sentido de seguirem a forma da ação administrativa, os processos que tenham por objeto a interpretação, validade ou execução de contratos¹²⁹.

Constituem, portanto, a exceção as declarações do contraente público que se traduzam no exercício de poderes de autoridade.

¹²⁶ O que constitui, nas palavras de Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Contratos Públicos ...*, págs. 149 a 150, uma restrição da autotutela declarativa da administração.

¹²⁷ Gonçalves Guerra Tavares, *Comentário...*, pág. 724.

¹²⁸ Aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro.

¹²⁹ Sobre o sentido da qualificação das declarações do contraente público e as consequências associadas à natureza jurídica da concreta atuação do contraente público na conformação da relação contratual se pronuncia Jorge Alves Correia, *O ato administrativo contratual como modo de atuar do dono de obra pública*, in *Revista de Contratos Públicos* n.º 20, Cedipre, 2019, págs. 109 e segs., distinguindo consequências nos planos da executividade e da excutoriedade dos atos, da justiça administrativa, dos vícios invalidantes, do ónus de impugnação judicial, e, naturalmente, do regime jurídico aplicável.

Não sendo exorbitância necessariamente sinónimo de importância, a verdade é que os designados poderes de conformação da relação contratual constituem instrumentos poderosos conferidos ao contraente público para a prossecução do interesse público¹³⁰, e assim, nesta, como em outras situações, a exceção será porventura mais relevante do que a regra.

Sobre a questão pronuncia-se Jorge Andrade Silva, afirmando que “O CCP, neste preceito, adere claramente à orientação jurisprudencial tradicional, o que constitui um desvio às correntes mais recentes, para as quais, na execução de contratos deveriam ser privilegiadas as situações de paridade das partes, só excecionalmente, quando a lei o previsse, havendo lugar ao exercício de poderes de autoridade.”¹³¹.

No mesmo sentido, algo crítico, pelo menos assim o percebemos, embora lendo a tradição jurisprudencial de modo diverso, escreve Mário Aroso de Almeida. Afirma o Autor, embora sem deixar de reconhecer “que a solução, embora sustentada pela mais recente doutrina nacional, não tem tradição efetiva no direito português”¹³², que “a jurisprudência portuguesa sempre tendeu, desde tempos muito recuados, a assumir um entendimento favorável à afirmação das relações contratuais administrativas como relações eminentemente paritárias”¹³³, concluindo ainda no sentido de a solução suscitar reticências “que decorrem, antes do mais, da perspetiva que, em tese geral, vimos defendendo, de que o moderno entendimento da Administração Pública e do seu posicionamento perante os particulares num Estado de Direito democrático aconselha a que não se sobrevalorize, e pelo contrário, se atribua o devido peso ao exercício de poderes de autoridade da Administração”¹³⁴.

Importa, contudo, na nossa opinião, contextualizar que a análise a que vimos fazendo referência parte de um quadro de alargamento substancial da utilização do contrato administrativo (pelo *Estado contratante* a que já fizemos referência), não tendo

¹³⁰ Aliás, é essa importância que os legitima, e que legitima a posição de desigualdade das partes que o seu reconhecimento implica.

¹³¹ Jorge Andrade Silva, *Código dos Contratos Públicos, Anotado e Comentado*, 6.^a edição revista e atualizada, Almedina, 2017, pág. 631.

¹³² Mário Aroso de Almeida, *Contratos Administrativos e poderes de conformação da relação contratual...*, pág. 11. O autor citado refere-se expressamente a Mário Esteves de Oliveira, Diogo Feitas do Amaral, e Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos.

¹³³ Idem, pág. 11.

¹³⁴ Idem, pág. 12.

especificamente por objeto os contratos sobre os quais nos debruçamos¹³⁵, e que estiveram, estes, na origem da figura dos poderes exorbitantes ou de autoridade¹³⁶, pelo que não nos parece excessivo, pelo menos no que a estes respeita, o regime traçado em 2008.

2.4. Formação dos atos administrativos contratuais

Dispõe o artigo 308.º, n.º 1 do CCP que, na generalidade, “A formação dos atos administrativos emitidos no exercício dos poderes do contraente público não está sujeita ao regime da marcha do procedimento estabelecido pelo Código do Procedimento Administrativo.”, acrescentando os números 2 e 3 do mesmo artigo uma disciplina diferente para os atos que consubstanciem a aplicação de sanções contratuais.

Tratemos primeiro da regra, e a seguir da exceção.

A marcha do procedimento está disciplinada, como é sabido, no capítulo II do Título II do Código do Procedimento Administrativo¹³⁷ (CPA), integrando aquelas normas sobre notificações (artigos 110.º a 114.º), instrução (artigos 115.º a 120.º), audiência dos interessados (artigos 121.º a 125.º) e decisão (artigos 126.º a 133.º)¹³⁸.

Por razões práticas e de eficiência (as mesmas razões que Rodrigo Esteves de Oliveira invoca, como referimos já, para justificar a existência do ato administrativo no âmbito do contrato administrativo), ou, nas palavras de Jorge Andrade Silva, “Por entender

¹³⁵ Mário Aroso de Almeida, *O Problema do Contrato Administrativo*, pág. 117, circunscrevendo o âmbito de aplicação do Título I da Parte III do CCP, afirma que “Como foi já assinalado, não se pode deixar (...) de ter presente, também a este propósito, que o essencial do Título I da Parte III do CCP foi pensado em função do modelo paradigmático do contrato de colaboração subordinada. Deve, por isso, entender-se que este regime só é aplicável na sua integralidade aos contratos de colaboração subordinada do co-contratante na prossecução das atividades do contraente público.”

¹³⁶ Acrescendo, no juízo de Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Contratos Públicos ...*, pág. 147, que “o regime de execução do contrato administrativo previsto no CCP foi pensado fundamentalmente para eles.”, entenda-se, para os contratos de colaboração e de atribuição com natureza subordinada. Regista-se que, embora pensado fundamentalmente para eles, tem efetivamente um âmbito de aplicação muito mais vasto, quer perante a versão original do CCP, a que as opiniões se reportam, quer ainda na atual, pelo que será de admitir não existir contradição entre as diferentes perspetivas de abordagem de Mário Aroso de Almeida e de Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos.

¹³⁷ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 07 de janeiro.

¹³⁸ Para além, ainda, de normas (procedimentais, naturalmente) sobre iniciativa de particulares tendentes à prática de ato administrativo (artigos 102.º a 109.º) e sobre comunicação prévia (artigo 134.º).

desadequado ao ritmo necessário à tramitação da execução dos contratos”¹³⁹ o artigo 308.º do CCP afasta da formação dos atos administrativos de conformação da relação contratual o regime geral estatuído no CPA.

Não deixa aliás de (continuar a) ser, na nossa opinião, impressivo, que em todo o regime de formação do contrato esteja presente de forma particularmente marcante o princípio da participação na formação dos atos administrativos, e não apenas através do instituto da audiência prévia, previsto, por exemplo, nos artigos 123.º e 147.º do CCP, mas também por exemplo, na possibilidade de apresentação de listas de erros e omissões de que padeçam as peças do procedimento (artigo 50.º), habilitando à possibilidade de o interessado, ainda nem sequer concorrente ou candidato, o que pode não chegar a ser, contribuir para a definição do objeto do contrato, e que, relativamente ao exercício dos poderes de conformação da relação contratual, a aplicação do instituto da participação seja muitas vezes preterido, ou pelo menos minorizado.

Poder-se-á argumentar que o cocontratante se encontra protegido pelo princípio do reequilíbrio financeiro do contrato, mas não deve esquecer-se que o instituto da participação visa permitir ao particular apresentar a perspetiva que lhe seja mais conveniente ou favorável, mas visa também, e na sua essência, trazer os particulares à prossecução do interesse público, por se crer que uma Administração mais informada (participada) está em condições de proferir melhores decisões.

Em suma, o contraente público pode conformar unilateralmente a relação contratual, por exemplo, modificando o objeto do contrato, e nem se encontra vinculado, previamente à determinação dessa modificação, à audição do cocontratante.

Esta afirmação não constitui, em si mesma, e devemos explicitar, uma crítica, mas uma mera constatação. Mais de um século depois da emergência do contrato administrativo, assente esta também no reconhecimento da conveniência da existência de poderes exorbitantes, e perante o aumento continuado, durante o século XX, da sua utilização (do contrato administrativo), consolidados os princípios do Estado de Direito democrático como os conhecemos hoje em (quase) toda a Europa, e amplamente reconhecidas, em muitas situações, as vantagens de consensualizar, por contrato, face a impor, por ato, mantém-se com grande expressão a posição contratual de supremacia da

¹³⁹ Jorge Andrade Silva, *Código dos Contratos Públicos...*, pág. 634.

Administração, o que reforça, julgamos, o juízo sobre a sua procedência, ainda e sempre assente na funcionalização à prossecução do interesse público, também em sede de execução contratual.

No que respeita aos atos que consubstanciem a aplicação de sanções contratuais, dispõem os n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo 308.º do CCP, no sentido de que se excetua do disposto no número anterior (entenda-se, da não sujeição à marcha do procedimento administrativo) a aplicação de sanções contratuais através de ato administrativo, a qual está sujeita a audiência prévia do cocontratante, nos termos previstos no Código do Procedimento Administrativo (n.º 2), podendo o contraente público, todavia, dispensar a audiência prévia referida no número anterior se a sanção a aplicar tiver natureza pecuniária e se encontrar caucionada por garantia bancária à primeira solicitação ou por instrumento equivalente, desde que haja fundado receio de a execução da mesma se frustrar por virtude daquela audiência (n.º 3).

Não está em causa, portanto, a natureza administrativa do ato, mas tão só, neste caso, a necessidade de realização de audiência prévia sobre a intenção da prática de ato (de aplicação de sanções contratuais).

2.5. Executividade e executoriedade dos atos praticados pelo contraente público

Dispõe o artigo 309.º, n.º 1 do CCP, sob a epígrafe que se acabou de transcrever em subtítulo, que “Os atos administrativos do contraente público relativos à execução do contrato constituem título executivo.”, acrescentando o n.º 2 que “O cumprimento das obrigações determinadas pelos atos administrativos a que se refere o número anterior não pode ser imposto coercivamente pelo contraente público, salvo quando se trate de atos que determinem, em geral, a resolução do contrato ou, em especial, o sequestro e o resgate de concessões, bem como outras situações previstas na lei.”.

A epígrafe do artigo, ao usar a expressão executividade, por oposição a executoriedade, explicita desde logo que, salvaguardadas as exceções que o próprio artigo prevê, os atos administrativos do contraente público relativos à execução do contrato não permitem a sua execução coativa pela administração. A referência da parte final do n.º 1 (“constituem título executivo.”) e o teor da primeira parte do n.º 2 confirmam essa ideia.

Como ensina José Carlos Vieira de Andrade, “É importante salientar a diferença entre a imperatividade – a autoridade ou obrigatoriedade decorrente do poder de constituição unilateral de efeitos jurídicos na esfera dos particulares (tradicionalmente designado por poder de “auto-tutela declarativa”) –, que é característica de qualquer acto administrativo, e a executoriedade, que consiste no poder de execução coactiva por meios próprios, sem necessidade de mandado judicial, das próprias decisões administrativas”¹⁴⁰.

Esta restrição da autotutela executiva¹⁴¹, em linha com as correntes atuais do pensamento jus-administrativista, justifica-se, ainda nas palavras de José Carlos Vieira de Andrade, em virtude de “o alargamento da intervenção administrativa na vida dos privados não” ser “compatível com a manutenção do princípio” da execução coativa, “sob pena de total subjugação dos particulares (ameaçados pela sanção criminal de desobediência)”¹⁴², e está em linha com o princípio consagrado entretanto pelo CPA vigente desde 2015, que estatui como regra geral, no seu artigo 176.º, que “a satisfação de obrigações e o respeito por limitações decorrentes de atos administrativos só podem ser impostos coercivamente pela Administração nos casos e segundo as formas e termos expressamente previstos na lei, ou em situações de urgente necessidade pública, devidamente fundamentada.”.

Sem prejuízo, e como fomos já adiantando, esta limitação da autotutela executiva não é absoluta.

De facto, o artigo 309.º, n.º 2 enuncia três exceções, relativamente às quais o cumprimento das obrigações determinadas pelos atos administrativos pode ser imposto coercivamente: quando se trate de atos que determinem (i) em geral, a resolução do contrato ou (ii) em especial, o sequestro e o resgate de concessões, (iii) bem como outras situações previstas na lei.”.

Em síntese, e para além das declarações negociais cuja execução depende de declaração judicial sobre a respetiva conformidade legal (artigo 307.º, n.º 1 do CCP), devem considerar-se os atos administrativos em geral, “que não são executórios mas

¹⁴⁰ José Carlos Vieira de Andrade, *Lições de Direito Administrativo*, pág. 198.

¹⁴¹ Marcelo de Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Contratos Públicos ...*, pág. 150, usam a expressão “ausência da autotutela executiva”, embora declarem que é uma ausência que deve ser relativizada.

¹⁴² José Carlos Vieira de Andrade, *Lições de Direito Administrativo*, pág. 199.

meramente executíveis, portanto constituindo título executivo, pelo que a sua conformidade legal não necessita de ser previamente declarada pelo tribunal, mas a sua execução só pode ter lugar através do tribunal (...), e determinados atos administrativos (os que determinam a resolução do contrato, o resgate e o sequestro das concessões), que são executórios, podendo ser impostos coercivamente pelo próprio contraente público.”¹⁴³.

2.6. Acordos endocontratuais

Cumpre enunciar uma breve nota sobre os acordos endocontratuais, previstos no artigo 310.º do CCP, antes de mais porque, sistematicamente, a sua previsão integra, sob a epígrafe “Conformação da relação contratual”, o capítulo IV do Título I da Parte III do CCP, e, sobretudo, porque a disciplina estatuída tange com o exercício de poderes de autoridade pelo contraente sobre os quais vimos escrevendo.

Começando por este segundo motivo, prevê o n.º 1 do artigo do CCP sob análise que “Salvo se outra coisa resultar da natureza dos efeitos jurídicos pretendidos, podem as partes no contrato celebrar entre si, sob forma escrita, acordos pelos quais substituam a prática de atos administrativos pelo contraente público em matéria de execução do contrato ou que tenham por objeto a definição consensual de parte ou da totalidade do conteúdo de tais atos administrativos.”, acrescentando o n.º 2 que “Os acordos endocontratuais sobre a modificação do contrato dependem dos pressupostos e estão sujeitos aos limites estatuídos no capítulo seguinte.”¹⁴⁴.

Verdadeiramente, a utilização de um acordo endocontratual não configura então o exercício de poderes de autoridade, configura uma convergência de vontades na qual a vontade expressa pelo contraente público assume a forma de uma declaração negocial (artigo 307.º, n.º 1) mas cujo conteúdo poderia constituir um ato administrativo praticado ao abrigo do artigo 307.º, n.º 2.

A ser assim, dispõe o n.º 2 do artigo 310.º que, também neste caso, deverão ser observados os pressupostos e limites relativos à modificação objetiva do contrato, o que

¹⁴³ Jorge Andrade Silva, *Código dos Contratos Públicos...*, págs. 637 a 638.

¹⁴⁴ O n.º 3 dispõe no sentido de os acordos endocontratuais integrarem o contrato a que respeitem.

bem se compreende, pois que aqueles pressupostos e limites não se destinam, pelo menos *prima facie*, à proteção ou defesa do cocontratante, mas a assegurar a prossecução do interesse público, nas dimensões já explicitadas de cumprimento da Justiça e de defesa da concorrência, pelo que não seria aceitável que o contraente público pudesse ultrapassar, mesmo que por contrato, o que não pode ultrapassar pelo exercício de poderes de autoridade.

O nexó é, portanto, este: embora o acordo endocontratual resulte de declarações negociais das partes, o respetivo objeto deve ater-se aos limites aplicáveis aos atos administrativos com o mesmo conteúdo que o contraente público poderia praticar no exercício de poderes de autoridade.

E desta conclusão avançamos imediatamente para a sistemática adotada pelo legislador.

Embora compreendamos que o nexó pode justificar a inclusão do preceito no capítulo IV do Título I da Parte III do CCP, não integrando o seu conteúdo o acervo de poderes que tradicionalmente estão associados à conformação da relação contratual, teria sido, porventura, preferível, como sugere Carla Amado Gomes, que a figura dos acordos endocontratuais tivesse sido albergada sob uma Secção autónoma do CCP¹⁴⁵.

2.7. Poder de direção

Como vimos já, a evolução da atividade da Administração no sentido de contratualizar mais e decidir unilateralmente menos não afasta, nem poderia afastar, que, na sua atuação enquanto contraente público, a Administração continue, ainda e sempre, vinculada à prossecução do interesse público.

O poder de direção, assim como outros que o legislador mantém à disposição da Administração, é, então, um poder funcionalizado à prossecução daquele imperativo e uma das muitas expressões de que o contrato público não é um contrato entre pares.

¹⁴⁵ Carla Amado Gomes, *A conformação da relação contratual ...*, pág. 4, aduzindo ainda a Autora o argumento da natureza substantiva dos acordos endocontratuais.

Isso mesmo resulta da redação do artigo 303.º, n.º 1 do CCP¹⁴⁶, que explicita caber “ao contraente público assegurar, mediante o exercício de poderes de direção e de fiscalização, a funcionalidade da execução do contrato quanto à realização do interesse público visado pela decisão de contratar.”.

Sendo o seu fundamento “a titularidade administrativa do interesse público prosseguido com o contrato em causa, o poder de direção da administração em sede contratual distingue-se do poder de direção no âmbito hierárquico”¹⁴⁷.

Este poder é um poder de exercício restrito, limitado “ao estritamente necessário à prossecução do interesse público, e processando-se de modo a não perturbar a execução do contrato, com observância das regras legais ou contratuais aplicáveis e sem diminuir a iniciativa e a correlativa responsabilidade do cocontratante.” (artigo 303.º, n.º 2), em particular no que respeitar a contratos que “envolvam prestações de conceção por parte do cocontratante”, relativamente aos quais o exercício do poder de direção pelo contraente público não deve ser apto a constituir legitimação, na fase de execução, de uma diminuição da responsabilidade e do grau de risco¹⁴⁸ assumido pelo cocontratante relativamente à fase de conceção (artigo 303.º, n.º 3).

O poder de direção “consiste na emissão de ordens, diretivas ou instruções sobre o sentido das escolhas necessárias nos domínios da execução técnica, financeira ou jurídica das prestações contratuais, consoante o contrato em causa.” (artigo 304.º, n.º 2).

O poder de direção é assim, por um lado, um poder muito abrangente, mas, por outro, o seu exercício está sempre limitado pelo contrato em concreto, impondo-se sempre, portanto, uma apreciação casuística quanto à possibilidade do respetivo exercício.

Para além desta apreciação concreta do contrato em causa, o exercício do poder de direção não pode contender com a “reserva de autonomia técnica ou de gestão do cocontratante que se encontre assegurada no contrato ou que decorra do tipo contratual aplicável ou, ainda, dos usos sociais.” (artigo 304.º, n.º 1).

¹⁴⁶ O artigo 303.º do CCP consagra os princípios respeitantes aos poderes de direção e de fiscalização, numa sistemática pouco feliz, como já sublinhado.

¹⁴⁷ Marcelo de Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Contratos Públicos ...*, pág. 153.

¹⁴⁸ Sobre a perspetiva contratual do risco presente no CCP, Licínio Lopes Martins, *Empreitada de obras públicas – O modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público*, Almedina, 2014, págs. 604 e segs..

A primeira nota que merece sublinhado é a de que o poder de direção deve ser exercido respeitando os limites do objeto do contrato e do seu conteúdo, não devendo ser confundido com um poder de modificação do contrato.

E, embora em matérias de cariz muito técnico, a direção e a modificação possam estar separadas por uma fina linha, compete em primeira instância ao contraente público estar habilitado a realizar em cada caso um juízo (técnico) seguro, precavendo desvios de poder, porventura motivados pela natureza funcionalizada do poder de direção mas que esta, de todo, não legitima.

Este aspeto é particularmente importante, entendida a repartição do risco, como a entendemos, como um aspeto essencial da definição do objeto do contrato (em sentido amplo, incluindo não apenas o quê, mas também o como quando, o como, o onde...). naqueles contratos que, precisamente, incorporam uma maior transferência do risco para o cocontratante, designadamente nos contratos de concessão, como o artigo 303.º, n.º 3 aliás particulariza, na medida em que as ordens, diretivas ou instruções que consubstanciassem uma alteração da repartição do risco estariam a operar uma modificação do contrato.

Depois, e como qualquer atuação no âmbito da contratação pública, o poder de direção deve ser exercido segundo os princípios da boa-fé e da proporcionalidade¹⁴⁹, do que decorre, por exemplo, que cada ordem, diretiva ou instrução, deve ser prestada tão cedo quanto possível, deve ser clara e objetiva, e deve conter-se no mínimo necessário ao cumprimento do interesse público prosseguido.

Por último, o exercício do poder de direção deve ater-se “a matérias necessárias à execução do contrato carentes de regulamentação ou insuficientemente reguladas” (artigo 304.º, n.º 1).

O poder de direção do modo de execução das prestações do cocontratante é, assim, “um poder de alcance essencialmente integrativo”¹⁵⁰.

As ordens, diretivas ou instruções “devem ser emitidas por escrito, ou, quando as circunstâncias impuserem a forma oral, reduzidas a escrito e notificadas ao cocontratante no prazo de cinco dias, salvo justo impedimento.”¹⁵¹ (artigo 304.º, n.º 3).

¹⁴⁹ Artigo 1.ª-A.

¹⁵⁰ Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Contratos Públicos* ..., pág. 153.

É, assim, claro que as ordens, diretivas ou instruções verbais, e desde que as circunstâncias imponham a utilização desta forma de comunicação, apresentam vinculação idêntica às emitidas por escrito¹⁵².

Sem prejuízo, e como vimos já, estas ordens, diretivas e instruções constituem atos administrativos não executórios.

2.8. Poder de Fiscalização

O poder de fiscalização do modo de execução do contrato apresenta, tal como sucede com o poder de direção, e como vimos já, uma significativa amplitude, podendo incidir sobre aspetos técnicos, financeiros e jurídicos atinentes ao modo de execução do contrato (artigo 305, n.º 1), podendo ser exercido “designadamente, através de inspeção de locais, equipamentos, documentação, registos informáticos e contabilidade ou mediante pedidos de informação.” (artigo 305.º n.º 2).

E, tal como se registou já quanto ao poder de direção, também o poder de fiscalização deve ser exercido de modo a “salvaguardar a autonomia do cocontratante, limitando-se ao estritamente necessário à prossecução do interesse público, e processando-se de modo a não perturbar a execução do contrato, com observância das regras legais ou contratuais aplicáveis e sem diminuir a iniciativa e a correlativa responsabilidade do cocontratante.” (artigo 303.º, n.º 2).

Sendo este e os demais princípios já supra enunciados a propósito do poder de direção também aplicáveis ao poder de fiscalização¹⁵³, para aí remetemos, centrando-nos em alguns aspetos do regime que conforma o exercício do poder de fiscalização que nos parecem mais relevantes.

¹⁵¹ O conceito de justo impedimento tem significado preciso, consagrado no artigo 140.º, n.º 1 do Código de Processo Civil: “Considera-se «justo impedimento» o evento não imputável à parte nem aos seus representantes ou mandatários que obste à prática atempada do ato.”

¹⁵² Nem sempre o foi. Sobre a questão, Jorge Andrade Silva, *Código dos Contratos Públicos...*, pág. 624.

¹⁵³ Como resulta da epígrafe do artigo 303.º do CCP: “Princípios respeitantes aos poderes de direção e de fiscalização”.

Dispõe o artigo 305, n.º 1 do CCP que os poderes de fiscalização são estabelecidos por forma a que o contraente público possa “determinar as necessárias correções e aplicar as devidas sanções.”.

Esta ideia sustenta a tese, com a qual concordamos, de que o poder de fiscalização apresenta uma natureza instrumental “em relação aos demais poderes da administração em sede de execução do contrato: em função daquilo que apure no exercício do poder de fiscalização, a administração pode emitir ordens ou instruções vinculativas para o seu co-contratante, aplicar-lhe sanções pelo incumprimento do contrato”¹⁵⁴, ou, dito de outro modo, o poder de fiscalização “Configura uma prerrogativa instrumental aos poderes sancionatório e de resolução do contrato por incumprimento, pois depende do seu exercício a constatação dos factos que originam a aplicação de sanções ou a decisão de rescindir unilateralmente o contrato.”¹⁵⁵.

“O exercício do poder de fiscalização deve ficar documentado em autos, relatórios ou livros próprios.”, dispõe o artigo 305.º, n.º 3, em linha com o mesmo princípio consagrado para a emissão de ordens, diretivas e instruções, e neste caso com uma importância acrescida, atenta a natureza instrumental que, por regra pelo menos, o exercício deste poder assume.

Dispõe ainda o artigo 305.º do CCP que “As tarefas de fiscalização podem ser parcial ou totalmente delegadas em comissões paritárias de acompanhamento ou entidades públicas ou privadas especializadas.” (n.º 1), e que “À relação entre o contraente público e as entidades públicas ou privadas referidas no número anterior são aplicáveis, com as necessárias adaptações, as regras próprias da delegação de poderes constantes do Código do Procedimento Administrativo.” (n.º 2).

A redação deste artigo 305.º do CCP parece assumir uma certa cautela e contenção, registando-se que o n.º 4 do preceito se refere à delegação das *tarefas* de fiscalização, e não à delegação dos *poderes* de fiscalização, o que permite concluir, julgamos, que poderes e tarefas são coisas distintas, conclusão também apoiada na relativa amplitude subjetiva conferida a esta delegação (de tarefas), que pode ser dirigida a comissões

¹⁵⁴ Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Contratos Públicos ...*, pág. 152.

¹⁵⁵ Carla Amado Gomes, *A conformação da relação contratual...*, pág. 7.

paritárias de acompanhamento ou entidades públicas ou privadas especializadas, para além dos limites tradicionais da desconcentração de poderes¹⁵⁶.

De todo o modo, a redação suscita a questão: a delegação de tarefas inclui a decisão de as realizar (incluindo o objeto, o modo, o tempo, etc.), ou apenas inclui a execução da tarefa previamente determinada por quem, nesta hipótese, continua a deter o poder de fiscalização?

Em qualquer caso, seja a delegação de poderes, ou a delegação de tarefas, as relações entre o delegante e o delegado são exercidas, com as necessárias adaptações, de acordo com as regras próprias da delegação de poderes constantes do Código do Procedimento Administrativo.

Aos poderes de fiscalização estão inerentes, também, para além da funcionalização ao interesse público, e dos já supra referidos¹⁵⁷, limites relativos ao segredo profissional ou comercial e a outra informação protegida por lei (artigo 305.º, n.º 2).

Cumpre ainda referir, a finalizar, que o CCP prevê que a fiscalização do modo de execução dos projetos de investigação e desenvolvimento assuma disciplina específica, aprovada por portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das obras públicas e da ciência (artigo 306.º).

2.9. Poder de modificação objetiva do contrato

A disciplina da modificação objetiva do contrato consta, na generalidade, no Capítulo V do Título I da Parte III do CCP, que integra os artigos 311.º a 315.º.

E dizemos na generalidade porque, no Título II da Parte III do Código, a propósito de cada uma das disciplinas especificamente consignadas para os diferentes contratos

¹⁵⁶ Limites esses muito esbatidos, também o reconhecemos, na Teoria Geral do Direito Administrativo contemporânea.

¹⁵⁷ A autonomia do cocontratante e a iniciativa e a correlativa responsabilidade do cocontratante.

administrativos em especial que o CCP consagra¹⁵⁸, encontramos igualmente normas sobre a modificação objetiva do contrato¹⁵⁹.

De entre os usualmente identificados como poderes de autoridade, ou poderes exorbitantes, o poder de modificação unilateral do objeto do contrato pelo contraente público com fundamento em razões de interesse público será, provavelmente, aquele que tem merecido, e continua a merecer, maior atenção da doutrina e da jurisprudência¹⁶⁰.

A esta circunstância não será alheio o próprio objeto do poder. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos afirmam que “A par do poder de resolução unilateral, o poder de modificação unilateral é, de entre todos os poderes administrativos na execução dos contratos administrativos, aquele que mais frontalmente põe em causa a estabilidade contratual”¹⁶¹.

A esta razão de princípio soma-se outra, de natureza mais pragmática, que conduz a uma muito mais frequente utilização pelos contraentes públicos do poder de modificação do objeto do contrato, face à utilização do poder de resolução unilateral¹⁶².

De facto, perante um quadro de formação dos contratos públicos procedimentalizado, entre as opções de resolver ou modificar, o contraente público escolherá, diríamos, sempre que possível, a segunda, porque é aquela que, pelo menos em tese, viabiliza a satisfação da necessidade que originou a celebração do contrato no prazo mais breve, obviando a prática dos atos necessários à resolução unilateral do contrato, e a prática dos atos necessários à celebração de um novo contrato.

Não tanto que no respeita à resolução unilateral do contrato, mas sobretudo no que respeita à formação e celebração do novo contrato, não se apresenta despidianda a

¹⁵⁸ Como é sabido, a partir do respetivo objeto: “empreitadas de obras públicas”, “concessões de obras públicas e de serviços públicos”, “locação de bens móveis”, “aquisição de bens móveis” e “aquisição de serviços”.

¹⁵⁹ Sendo exemplos os artigos 370.º a 382.º, relativas a modificações objetivas dos contratos de empreitada de obras públicas.

¹⁶⁰ Pedro Daniel S. N. Inês *Os princípios da contratação pública: O princípio da concorrência*, Publicações CEDIPRE Online - 34, <http://www.cedipre.fd.uc.pt>, Coimbra, setembro de 2018, consultado em 27 de junho de 2020, qualifica o poder de modificação unilateral do contrato como “o mais singular e significativo dos poderes públicos exorbitantes ao dispor da entidade adjudicante, em sede de execução contratual.”

¹⁶¹ *Contratos Públicos ...*, pág. 154.

¹⁶² A afirmação tem uma base empírica, reconhecemos, mas cremos não ser suscetível de controvérsia.

difficuldade, a morosidade e o custo inerentes à elaboração de um novo caderno de encargos, com o rigor adequado e exigível, que contemple apenas as prestações ainda em falta face ao contrato resolvido, tarefa que pode aliás revestir significativa complexidade técnica.

Por último, e no plano prático, será sempre de esperar do cocontratante uma reação menos adversa à modificação unilateral do que à resolução unilateral, considerando até que, na primeira, ao invés da segunda, embora tendo sempre por pano de fundo o poder de autoridade conferido ao contraente público, o objeto da modificação é muitas vezes objeto de uma concertação prévia mais ou menos informal entre o contraente público e o cocontratante, abrindo caminho à conformação do segundo com a concretização do exercício do poder pelo contraente público.

Este modo de atuação aproxima-se, apenas no plano prático, não no plano conceptual, do que seria a celebração de um acordo endocontratual, cuja utilização acaba por ser amiúde preterida, porque, uma vez informalmente consensualizada a modificação objetiva, e salvo situações de reserva mental, é procedimentalmente mais simples e rápido praticar um ato administrativo de modificação do objeto do contrato (e com o qual a administração estará mais familiarizada) do que celebrar um acordo endocontratual.¹⁶³

A tudo isto acresce, também, que o poder de modificação unilateral do objeto do contrato esteve na origem, ou contribuiu, como vimos, para a própria emergência da figura do contrato administrativo, do que resulta, compreensivelmente, a particular atenção e estudo de que o instituto beneficia.

O artigo 311.º do CCP estabelece que o contrato pode ser modificado por acordo entre as partes, por decisão judicial ou arbitral, ou por ato administrativo do contraente público, neste último caso quando o fundamento invocado sejam razões de interesse público.

¹⁶³ Jorge Alves Correia, *O ato administrativo contratual como modo de atuar...*, pág. 112, refere-se à figura dos acordos endocontratuais como “acordos que, integrando o contrato, visam obter os mesmos efeitos que se atingiriam através da prática de atos contratuais, valorando positivamente a participação do contraente privado na conformação de efeitos jurídicos de que é destinatário.”. Concordando com a ideia expressa pelo Autor, cremos, com o devido respeito, que a prática valoriza ainda pouco o acordo endocontratual enquanto tal, numa perspetiva formal, mas também neste aspeto, como em outros, haverá caminho para fazer quanto a uma melhor apreensão das virtualidades que o regime da contratação pública coloca à disposição de contraentes públicos e cocontratantes.

A admissibilidade da modificação do contrato com fundamento nas condições nele previstas foi introduzida na revisão operada em 2017, em cumprimento da obrigação da transposição para o Direito interno das Diretivas Europeias sobre contratação pública de 2014¹⁶⁴.

Ao presente trabalho, esta nova previsão interessa apenas no que respeita às limitações instituídas no âmbito da modificação do contrato com fundamento nas condições nele previstas¹⁶⁵, uma vez que tal modificação (nem a inclusão da habilitação no contrato) configuram o exercício de poderes de autoridade.

Do mesmo modo, e por não consubstanciarem, por definição, o exercício de poderes de autoridade pela administração, as modificações objetivas do contrato por decisão judicial ou arbitral apenas nos interessam na perspectiva dos limites a que estão sujeitas¹⁶⁶.

A modificação objetiva do contrato por ato administrativo do contraente público com fundamento em razões de interesse público constitui, por conseguinte, a previsão do artigo 311.º do CCP que corresponde ao exercício de poderes de autoridade, como veremos de seguida.

2.9.1. A ponderação de novas necessidades e a ponderação nova das circunstâncias existentes

Ainda e sempre, foi o reconhecimento de que a execução dos contratos públicos deve ser suscetível de adaptação, ou ajustamento, ao interesse público, cuja configuração (novas necessidades) e valoração (ponderação nova) é dinâmico, que legitimou a consagração deste poder exorbitante de modificação unilateral objetiva do contrato pelo contraente público.

¹⁶⁴ Concretamente, por referência ao disposto na alínea a) do n.º 1 da Diretiva 2014/23/UE, na alínea a) do n.º 1 do artigo 72.º da Diretiva 2014/24/UE e na alínea a) do n.º 1 do artigo 89.º da Diretiva 2014/25/UE.

¹⁶⁵ Sendo nesta perspetiva que é enquadrada, e como não poderia deixar de ser, pela Diretivas.

¹⁶⁶ Sem prejuízo, enfatiza-se que, e como refere Jorge Andrade Silva, *Código dos Contratos Públicos...*, pág. 642, que “quer a alteração seja feita por ato bilateral, por ato unilateral do contraente público no exercício de poderes de autoridade ou por decisão judicial ou arbitral proferida em ação para isso intentada, só poderá ocorrer com os fundamentos, limites e consequências” previstos nos artigos 311.º e seguintes do CCP.

Este reconhecimento ganhou consagração na jurisprudência francesa do início do século passado, assente na ideia de que a prossecução do interesse público, cuja satisfação pode depender de prestações diferentes em momentos diferentes, justifica que, munida de poderes de autoridade, a administração possa mudar o contrato, conformando as prestações a receber em função de novas necessidades ou da nova ponderação das circunstâncias existentes.

Considerou então o *Conseil d'État* francês, como vimos já na Parte I, e agora desenvolvemos com mais detalhe, através de Acórdão de 1902¹⁶⁷, que a administração, na prossecução do interesse público, tinha o direito de alterar unilateralmente “o modo de execução do contrato, impondo ao prestador do serviço um dever de adaptação.”¹⁶⁸.

Alguns anos mais tarde, através de Acórdão de 30 de março de 1916¹⁶⁹, o *Conseil d'État* francês estabeleceu “três princípios/limites de actuação do poder de modificação unilateral: a existência deste poder independentemente da sua previsão pelas partes; a intangibilidade do objecto do contrato; a ressarcibilidade de danos emergentes e lucros cessantes do cocontratante em razão das modificações introduzidas.”¹⁷⁰.

O poder de modificação unilateral do contrato pelo contraente público, com fundamento da prossecução do interesse público, constitui assim um verdadeiro poder exorbitante, legitimado pelo fim prosseguido.

2.9.2. A alteração das circunstâncias

A alteração das circunstâncias apta a fundamentar a modificação objetiva do contrato deve ser *anormal e imprevisível*, e apresenta relevância apenas desde que a exigência das obrigações assumidas pelas partes afete gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.

¹⁶⁷ Acórdão de 10 de janeiro de 1902, *Compagnie Nouvelle du Gaz de Déville-lès-Rouen*, disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007634664/> e consultado em 23 de agosto de 2020.

¹⁶⁸ Carla Amado Gomes, *A conformação da relação contratual...*, pág. 9.

¹⁶⁹ Acórdão *Compagnie générale française des tramways de Marseille*, disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007629465/> e consultado em 23 de agosto de 2020.

¹⁷⁰ Carla Amado Gomes, *A conformação da relação contratual...*, pág. 9.

A formulação da disposição apresenta evidente proximidade com a redação do artigo 437.º, n.º 1 do Código Civil, que disciplina, no plano privado, a resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias, e consagra a relevância das circunstâncias em que as partes tomaram a decisão de contratar, admitindo que uma alteração anormal e imprevisível destas justifique um desvalor do princípio de que os contratos são para cumprir¹⁷¹.

Sobre o requisito da imprevisibilidade da alteração das circunstâncias, afirma Carla Amado Gomes que “depois do esquecimento a que a figura foi votada durante séculos, em homenagem ao princípio da intangibilidade do contrato, foi no Direito Administrativo que ressurgiu, sob a veste da “teoria da imprevisão”. Mais uma vez o *Conseil d'État* francês se revelou determinante, lançando as bases da “indenização de imprevisão” no *Arrêt Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* (1916), associando-a a uma alteração totalmente imprevisível, alheia à vontade de qualquer uma das partes e essencial à reposição do equilíbrio do contrato. (...) À semelhança do que sucedeu em França, o nosso ordenamento jurídico ressuscitou a *clausula rebus sic stantibus* através da teorização da imprevisão no domínio dos contratos administrativos.”¹⁷².

A propósito da definição da figura, Mário Esteves de Oliveira refere que estaria este verificado se dele decorresse “uma verdadeira convulsão na economia do contrato, não bastando, portanto, que se demonstre existir um qualquer agravamento na prestação” nem “alegar que se deixou de obter os lucros elevados que se esperavam da execução do contrato em circunstâncias normais”, concluindo pela necessidade de verificação de “um prejuízo global substancial”¹⁷³.

Jorge Andrade Silva, e tendo já por referência a redação do CCP em vigor, considera que o carácter anormal da alteração deve ser avaliado considerando aqueles que são os riscos próprios (normais) dos contratos, devendo a circunstância estar para além daqueles, e os respetivos efeitos, que devem ser graves, o que implica uma ponderação “cuidada, razoável, proporcionada e justa”, admitindo-se a verificação da previsão

¹⁷¹ Sobre as relações entre o princípio *pacta sunt servanda* e a cláusula *rebus sic stantibus*, no Direito civil e no Direito administrativo, Pedro Vaz Mendes, *Pacta Sunt Servanda e Interesse Público...*, págs. 126 e seguintes.

¹⁷² Carla Amado Gomes, *A conformação da relação contratual ...*, pág. 13.

¹⁷³ *Direito...*, págs. 713 a 714.

“sempre que a exigência do cumprimento das prestações implique um tal aumento de encargos que não seja justo nem razoável fazer suportar pelo cocontratante”¹⁷⁴.

Cremos que a formulação do CCP se apresenta equilibrada. Os efeitos da alteração das circunstâncias, para serem relevantes e suscetíveis de fundamentar uma modificação objetiva do contrato, devem ficar para além dos riscos próprios do contrato e constituir encargo acrescido substancial para o cocontratante.

Temos então que a alteração imprevisível das circunstâncias em que as partes assentaram as suas decisões de contratar, desde que verificados os requisitos enunciados na segunda parte da alínea a) do artigo 312.º do CCP, pode fundamentar uma modificação objetiva do contrato.

Mas todas as modificações objetivas do contrato com fundamento em alteração das circunstâncias se consubstanciam, ou traduzem, o exercício de poderes de autoridade pelo contraente público?

A resposta é, na nossa opinião, negativa.

Porque assim será apenas quando a alteração das circunstâncias tenha origem na atuação do contraente público, enquanto tal, dizendo aquela alteração respeito, por maioria de razão, ao contrato.

Apenas neste caso o contraente público atua, nesta qualidade, no exercício de poderes de autoridade¹⁷⁵, situação que não se deve confundir com a atuação do contraente público fora do âmbito da conformação da relação contratual, mesmo que esta atuação tenha reflexos no contrato e na respetiva execução.

Se, por exemplo, a execução de um contrato pressupõe o pagamento de taxas cuja determinação dos respetivos valores é da competência da entidade administrativa que também assume, naquele contrato, a qualidade de contraente público, e não sendo, obviamente, a determinação dos valores das taxas realizada pela entidade na qualidade de contraente público, logo não ocorre o exercício de poderes de autoridade de conformação da relação contratual.

¹⁷⁴ “*Código dos Contratos Públicos...*”, pág. 645.

¹⁷⁵ O que não põe em causa, regista-se, a origem extra-contratual dos poderes.

Tal não significa, é fácil constatar, que a atuação da entidade administrativa não possa ter impacto, e porventura muito revelante, na execução do contrato, por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram as suas decisões de contratar, e que desse impacto não devam decorrer consequências.

Mas as consequências são diferentes, consoante se esteja perante uma atuação da entidade administrativa, ou dessa entidade administrativa “vestida” de contraente público.

Se o *fait du Prince*, é naturalmente esta a figura a que nos vimos referindo, não consubstancia a prática pelo contraente público, enquanto tal, de um ato administrativo de modificação objetiva do contrato¹⁷⁶, não constitui também um ato administrativo de conformação da relação contratual, não obstante o impacto que nela possa ter.

E se assim é quanto aos atos praticados pela entidade administrativa fora das “vestes” de contraente público, por maioria de razão será quanto às modificações objetivas dos contratos com fundamento em alteração das circunstâncias com origem em decisões de entidades terceiras¹⁷⁷.

2.9.3. Os limites à modificação objetiva dos contratos

Os limites à modificação objetiva dos contratos constituem um tema amplamente estudado pela doutrina e pela jurisprudência.

Reconhecido esse poder exorbitante, no âmbito do processo de autonomização da figura do contrato administrativo, esse poder não é, naturalmente, um poder ilimitado.

Contudo, e para além da limitação inerente à funcionalização do poder (o exercício do poder é funcionalizado à prossecução do interesse público), os limites ao poder de modificação unilateral foram, historicamente, sobretudo olhados na perspetiva da

¹⁷⁶ Não obstante a ideia de que a lei equipara, em termos de consequências, o *fait du Prince* com origem na entidade administrativa que seja simultaneamente o contraente público, à modificação e à resolução do contrato mediante ato administrativo de autoridade, e que não é, na nossa opinião, absolutamente rigorosa.

¹⁷⁷ Com grande interesse para o tema, o Acórdão do TCA Sul, de 05 de julho de 2017, proferido no âmbito do processo n.º 08873/12, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/8da7021a09d72ebd80258183003afb2a?OpenDocument> e consultado em 24 de agosto de 2020.

proteção do cocontratante, na tentativa de o salvaguardar de alterações tão significativas que constituíssem um ónus desproporcionado ou injusto para este¹⁷⁸.

Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos identificam três limites ao exercício do poder de modificação unilateral: “o respeito do núcleo essencial do contrato, da concorrência e do equilíbrio financeiro.”¹⁷⁹.

O primeiro destes limites encontrou acolhimento na consagração da intangibilidade do objeto contrato, conceito que justifica um breve parêntesis.

A definição do que seja o objeto do contrato, para efeitos da sua intangibilidade, não constitui, na atualidade, como no passado, tarefa simples.

Ainda numa perspetiva histórica, uma parte da doutrina, e citamos Diogo Freitas do Amaral, fazia a seguinte distinção: “o objeto do contrato designa os *principais tipos de prestações contratuais concretamente acordados entre as partes*, ou, noutros termos, as *actividades através das quais o particular colabora na satisfação de certa necessidade pública*; por sua vez, o conteúdo das prestações corresponde aos *modos peculiares, técnicos e jurídicos, da execução dessas prestações*.”¹⁸⁰.

Assim, apenas os *principais tipos de prestações contratuais concretamente acordados entre as partes* seriam intangíveis, podendo o poder de modificação do contrato incidir sobre os *modos peculiares, técnicos e jurídicos, da execução dessas prestações*.

Sem prejuízo, era acautelado que também cláusulas não relativas ao objeto do contrato deveriam ser, em determinadas circunstâncias, intangíveis, sendo dado como exemplo “a cláusula pela qual o concedente garante ao concessionário exclusividade na realização da atividade acordada por um certo período de tempo.”¹⁸¹.

Este entendimento, expresso antes da publicação do CPA de 1991, teria ganho, segundo o Autor citado, legitimidade acrescida face à redação do artigo 180.º, alínea a), que dispunha sobre poder a Administração Pública “Modificar unilateralmente o conteúdo

¹⁷⁸ E daí que à noção de poder exorbitante estejam sempre associados limites e direito a compensação ou reequilíbrio.

¹⁷⁹ *Contratos Públicos ...*, pág. 154.

¹⁸⁰ Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito...*, Vol. II, Almedina, 2010 – 10.ª reimpressão da edição de 2001, págs. 621 a 622.

¹⁸¹ *Idem*, pág. 623.

das prestações, desde que seja respeitado o objecto do contrato e o seu equilíbrio financeiro;”.

A intangibilidade do objeto do contrato, e ainda mais para quem, como nós, assuma o objeto do contrato como um conceito amplo¹⁸², é um conceito que deve ser entendido por recurso aos limites à sua modificação.

Neste entendimento mais amplo, pode caber no objeto do contrato, não apenas a prestação especificamente contratada, o *quê* do contrato, mas também o *como*, o *quando*, o *onde*, *sobre que condições*, etc., aspetos muitas vezes relevantíssimos para a valoração do acervo de obrigações a que o futuro cocontratante ficará vinculado pela celebração do contrato.

E pese embora todos os exemplos que se possam enunciar para tentar, por esta via exemplificativa, delimitar esse núcleo intangível do contrato, esses mesmos exemplos serão sempre insuficientes para abarcar a diversidade de situações passíveis de emergir de acervos de direitos e obrigações emergentes de contratos públicos, cada vez mais complexos, pelo que a análise terá de ser, a partir das diferentes fontes, e mediante o labor da doutrina e da jurisprudência, casuística¹⁸³.

De resto, e para além da perspectiva mais ampla que se adote sobre o objeto do contrato público, o artigo 313.º, n.º 1, alínea a) do CCP dispõe que a modificação não pode conduzir à alteração substancial do objeto do contrato, o que viabiliza, *a contrario*, modificações não substanciais do objeto do contrato.

E, retomando um tema já abordado, cumpre recordar agora que as Diretivas de 2014 regulam pela primeira vez o regime de modificação dos contratos públicos.

Como sublinha Ana Gouveia Martins, “a prática cedo demonstrou que de pouco ou nada adiantava impor uma disciplina detalhada, rigorosa e minuciosa do procedimento pré-contratual se fosse possível a livre introdução de modificações na fase da execução

¹⁸² Neste entendimento, e reiterando ideia já anteriormente expressa, no objeto do contrato caberá não apenas a prestação especificamente contratada, o *quê* do contrato, mas também o *como*, o *quando*, o *onde*, *sobre que condições*, etc., aspetos muitas vezes relevantíssimos para a determinação do acervo de obrigações a que o cocontratante fica vinculado pela celebração do contrato.

¹⁸³ Neste sentido se pronuncia Pedro Vaz Mendes, *Pacta Sunt Servanda e Interesse Público...*, pág. 170, afirmando que os limites ao poder de modificação unilateral “apenas poderão ser corretamente identificados em face de um caso concreto.”.

do contrato, desvirtuando e reduzindo a letra morta o regime legal do seu procedimento concorrencial de formação.”¹⁸⁴.

No mesmo sentido, Miguel Assis Raimundo refere que *o procedimento de adjudicação por concurso introduz, portanto, um elemento de rigidez na execução do contrato, restringindo a regra geral de direito privado que permite que os contratos sejam modificados por acordo mútuo, e também o tradicional poder de alterar unilateralmente o contrato, reconhecido às autoridades públicas em países inspirados na tradição do contrato administrativo francês*¹⁸⁵.

O Acórdão *Pressetext*, do Tribunal de Justiça¹⁸⁶, cujo objeto é um pedido de decisão prejudicial sobre três questões apresentado por um tribunal austríaco, constitui, com verdadeira propriedade, uma alteração de paradigma sobre a matéria.

Ao presente trabalho interessam sobretudo os critérios que o Tribunal de Justiça enunciou, antes de responder às questões prejudiciais, com o propósito de caracterizar e delimitar as alterações contratuais em função da proteção do princípio da concorrência.

E, neste contexto, cumpre referir que o Tribunal de Justiça, reconhecendo embora que as questões colocadas não eram diretamente respondidas pela Diretiva n.º 92/50/CEE, afirma então que “Com vista a assegurar a transparência dos processos e a igualdade de tratamento dos proponentes, as alterações introduzidas nas disposições de um contrato público durante a sua vigência constituem uma nova adjudicação do contrato, na aceção da Directiva 92/50, quando apresentem características substancialmente diferentes das do contrato inicial e sejam, conseqüentemente, susceptíveis de demonstrar a vontade das partes de renegociar os termos essenciais do contrato”, abrindo assim definitivamente a porta para a normativização pelo Direito europeu do regime substantivo dos contratos públicos, entendidos estes na aceção que veio a ser acolhida nas Diretivas de 2014.

¹⁸⁴ *A modificação dos contratos no anteprojecto...*, pág. 274.

¹⁸⁵ *Good Contracting Authorities Can Predict the Future: A Note on Finn Frogne*, European Papers, Vol. 2, n.º 1, 2017, págs. 411 a 423, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3349686 e consultado em 23 de dezembro de 2020, constando no original “The competitive award procedure therefore introduces an element of rigidity in the execution of the contract, restricting the general private law rule which allows for contracts to be modified by mutual agreement, and also the traditional *ius variandi* power of unilaterally changing the contract, recognised to public authorities in countries inspired by the *contrat administratif* tradition.”.

¹⁸⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 19 de junho de 2008, proferido no âmbito do processo C-454/0, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:62006CJ0454> e consultado em 24 de agosto de 2020.

A partir do Acórdão *Pressetext* não mais era possível obviar que a defesa da concorrência não se basta com o regime de formação dos contratos públicos, sendo enunciado com clareza que o cumprimento daquele princípio não respeita apenas à fase de formação do contrato, na medida em que uma alteração substancial do contrato suscita sempre a questão de saber se, caso tivesse sido aquele o objeto posto a concurso, o adjudicatário teria sido o mesmo, ou até, se poderiam ter sido recebidas propostas de outros proponentes, eventualmente impedidos de aceder em função do objeto original do contrato.

E o Tribunal de Justiça continuou a pronunciar-se consistentemente no mesmo sentido ao longo dos últimos anos.

No Acórdão *Finn Frogne*, de 7 de setembro de 2016¹⁸⁷, pronuncia-se sobre um acordo extrajudicial celebrado quanto a um contrato inicial com o valor de cerca de 70,6 milhões de euros, no sentido da redução e alteração do seu objeto diminuindo valor do contrato para cerca de 11,4 milhões de euros¹⁸⁸.

O Tribunal de Justiça entendeu “que o artigo 2.º da Diretiva 2004/18 deve ser interpretado no sentido de que, após a adjudicação de um contrato público, não lhe pode ser introduzida uma alteração substancial sem abertura de um novo procedimento de adjudicação, mesmo que essa alteração constitua, objetivamente, uma modalidade de acordo extrajudicial de transação, implicando renúncias recíprocas pelas partes, com vista a pôr termo a um litígio, cujo desfecho é incerto, resultante das dificuldades surgidas na execução desse contrato. A conclusão só seria diferente se a documentação do referido contrato previsse a faculdade de adaptar certas das suas condições, mesmo que importantes, após a sua adjudicação, fixando as modalidades de aplicação dessa faculdade.”.

Este nexos entre o regime de formação do contrato e o regime da sua execução é olhado pelo Direito europeu, como não podia deixar de ser, e não é demais enfatizar, na perspectiva da defesa da concorrência, o que não significa que não integre ou bem se

¹⁸⁷ Disponível em

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=183107&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=20986247> e consultado em 23 de dezembro de 2020.

¹⁸⁸ O objeto do contrato, inicialmente designado como de serviços, passaria a integrar uma componente de serviços (cerca de 4,7 milhões de euros) e uma componente de aquisição de equipamento (cerca de 6,7 milhões de euros).

harmonize, no essencial, com o conceito de interesse público moderno e típico dos Estados de Direito democráticos.

Para as Diretivas de 2014, e compreende-se que assim seja, atento o interesse que se visa proteger, é indiferente se as alterações substanciais do contrato decorrem do exercício de poderes de autoridade, de acordos endocontratuais, ou de decisões judiciais ou arbitrais, aplicando-se os limites definidos a todas as alterações contratuais, tendo sido neste pressuposto que foi operada a transposição deste novo regime para o CCP.

O artigo 313.º, n.º 1 do Código dos Contratos Públicos dispõe que “A modificação de qualquer contrato público, com os fundamentos previstos no artigo anterior, encontra-se sujeita aos seguintes limites”, limites estes que constam das cinco alíneas que integram o articulado, a saber: (i) não pode conduzir à alteração substancial do objeto do contrato, (ii) não pode configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência; (iii) não é permitida quando sejam introduzidas alterações que, se fizessem parte do caderno de encargos, teriam ocasionado, de forma objetivamente demonstrável, a alteração da ordenação das propostas avaliadas ou a admissão de outras propostas, (iv) o aumento total de preço originado pelas eventuais modificações não pode ultrapassar 25% do preço contratual inicial, caso a modificação se funde em alteração das circunstâncias, e 10% do preço contratual inicial, caso a modificação se funde em razões de interesse público decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes, e (v) não pode alterar o equilíbrio económico do contrato a favor do cocontratante em termos de este ser colocado em situação mais favorável do que a resultante do equilíbrio inicialmente estabelecido.

A primeira nota que merece relevo é a integração no regime da modificação objetiva do contrato, do conceito de *alteração substancial*, em conformidade com o disposto no artigo 72.º, n.º 1, alínea e) da Diretiva 2014/24/UE.

A definição de modificação substancial adotada na Diretiva consta do n.º 4 do mesmo artigo 72.º, ocorrendo esta *quando tornar o contrato ou o acordo-quadro materialmente diferente do contrato ou acordo-quadro celebrado inicialmente*, e designadamente, quando a modificação (i) introduz condições que, se fizessem parte do procedimento de contratação inicial, teriam permitido a admissão de outros candidatos ou a aceitação de outra proposta, ou teriam atraído mais participações no concurso, (ii) altera o equilíbrio económico do contrato ou do acordo-quadro a favor do adjudicatário de uma forma que

não estava prevista no contrato ou acordo-quadro inicial, (iii) alarga consideravelmente o âmbito do contrato ou do acordo-quadro, ou (iv) o adjudicatário ao qual a autoridade adjudicante atribuiu inicialmente o contrato é substituído por um novo adjudicatário, em casos não previstos no n.º 1 do artigo 72.º sob análise.

A segunda nota que merece relevo respeita ao facto de as modificações que resultem da natureza duradoura do vínculo contratual, e desde que o decurso do tempo as justifique, não ficam afetadas pelos limites enunciados nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 313.¹⁸⁹.

Esta é uma importante ressalva, que valoriza o facto de o poder de modificação unilateral ser, por regra, tão mais útil à conformação da relação contratual com o interesse público, quanto maior for a duração do vínculo contratual.

Como é fácil aceitar, um maior decurso de tempo aumenta a probabilidade de ocorrer a alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, de surgirem novas necessidades, ou da necessidade de reponderar as existentes, ou a necessidade de ponderar vir a ocorrer a conveniência, ou mesmo a necessidade, para além dos limites genericamente consagrados.

Esta flexibilização do quadro de conformação da relação contratual cuja necessidade resulte da natureza duradoura do vínculo contratual (e desde que o decurso do tempo a justifique) constitui um exemplo de um certo fenecimento do princípio da concorrência face aos poderes de autoridade típicos do Direito administrativo¹⁹⁰.

A terceira nota que se justifica enunciar respeita à consagração de regimes próprios quanto à modificação dos contratos especialmente regulados no título II da parte III do CCP, que ficam sujeitos aos limites aí previstos. Tal significa que os poderes de

¹⁸⁹ No dizer de Licínio Lopes Martins, *Empreitada de obras públicas...*, pág. 538, “a dimensão temporal do contrato administrativo é um seu elemento essencial, um elemento essencial do seu conteúdo, por expressa indicação legal.”, daí que se possa concluir que “a figura da alteração das circunstâncias tem uma óbvia relação com o tempo das relações contratuais, na medida em que quanto mais longa for a duração do contrato, mais este fica sujeito não apenas a superveniências imprevisíveis, mas também a superveniências imprevistas.”.

¹⁹⁰ Mesmo considerando a interpretação segundo a qual o artigo 313.º n.º 2 apenas admite modificações substanciais decorrentes de circunstâncias que uma entidade diligente não pudesse prever, conforme defende Mário Aroso de Almeida, *Apreciação geral da revisão do Código dos Contratos Públicos...*, pág. 31.

conformação da relação contratual apresentam, quanto aos seus limites (logo, quanto à sua amplitude) diferentes formulações, em função do objeto do contrato em causa.

Numa breve síntese, julgamos poder afirmar os limites à modificação de contratos durante o seu período de vigência que integram a Diretiva 2014/24/UE ponderam de forma equilibrada a defesa (específica) da concorrência e a prossecução do interesse público, sendo exemplos o limite de 50%¹⁹¹ do valor do contrato no que respeita a trabalhos complementares, e a formulação também ampla adotada para as modificações previstas nos documentos iniciais do concurso (não obstante o rigor exigido para as respetivas cláusulas).

Já quanto ao regime consignado no revisto artigo 313.º do CCP, e para além da já referida inclusão do conceito de alteração substancial do objeto do contrato, não acolheu o legislador a previsão constante das Diretivas relativa a modificações ancoradas na previsão nas peças do procedimento, e manteve a tradição de fixar limites inferiores aos das Diretivas para as modificações com algum dos fundamentos enunciados no artigo 312.º, sem prejuízo de o limite de 25% previsto na alínea d) do n.º 1 acabar afastado, como aliás também já sucedia na anterior versão do CCP, pelos regimes especiais de modificação objetiva do contrato consignados no Título II da Parte III do Código¹⁹².

2.9.4. As consequências da modificação objetiva do contrato

Como temos já vindo a explicitar, o exercício do poder de modificação unilateral dos contratos tem como limite, também, a manutenção do respetivo equilíbrio financeiro resultante dos termos em que foi celebrado.

Sobre a aplicação do princípio do equilíbrio financeiro no âmbito da execução de contratos administrativos, e após enunciar o respetivo enquadramento histórico, escreve António Menezes Cordeiro que “o Direito administrativo português ficou dotado de um princípio de equilíbrio financeiro. Este é ligado a uma alteração das circunstâncias que os publicistas vieram a aproximar do artigo 437.º (do Código Civil) (...). Mas com

¹⁹¹ Referimo-nos neste caso apenas às Diretivas 2014/23/UE e 2014/24/UE, uma vez que a Diretiva 2014/25/UE apresenta um regime específico.

¹⁹² Atentas as disposições dos artigos 370.º, n.º 4, 420.º-A, n.º 2, 426.º, 432.º, 438.º e 454.º, n.º 3.

especificidades. Assim, nega-se, aos particulares, a faculdade de resolução que o preceito civil prevê: iria contra o interesse público”¹⁹³.

Acrescenta ainda o Autor que o recurso pela Administração Pública à contratação “pressupõe segurança e repartição de riscos: de outro modo, ou só os irresponsáveis se apresentam como candidatos à contratação pública ou comparecem agentes ponderados mas que, por cautela, irão exigir grandes margens de segurança”, e, não sem antes referir que “Evidentemente: é sempre recomendável prever cláusulas expressas de revisão.”, conclui no sentido de a necessidade de respeitar o equilíbrio financeiro do contrato se manifesta “ainda, no domínio da alteração das circunstâncias.”¹⁹⁴.

Dispõe então o artigo 314.º, n.º 1 do CCP que “O cocontratante tem direito à reposição do equilíbrio financeiro, sempre que o fundamento para a modificação do contrato seja, para além de outras especialmente previstas na lei: (i) a alteração anormal e imprevisível das circunstâncias imputável a decisão do contraente público, adotada fora do exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual, que se repercute de modo específico na situação contratual do cocontratante, ou (ii) razões de interesse público.”.

Acrescenta o n.º 2 do mesmo preceito que “Os demais casos de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias conferem direito à modificação do contrato ou a uma compensação financeira, segundo critérios de equidade.”, e finalmente, precisa o n.º 3 que “Quando a modificação do contrato tenha por fundamento as circunstâncias previstas na alínea a) do artigo 312.º, o cocontratante só tem direito à reposição do equilíbrio financeiro quando, tendo em conta a repartição do risco entre as partes, o facto invocado como fundamento desse direito altere os pressupostos com base nos quais determinou o valor das prestações a que se obrigou, desde que o contraente público conhecesse ou não devesse ignorar esses pressupostos.”.

Importa enunciar duas notas prévias.

Uma primeira respeita ao facto de nem todas as modificações do contrato originarem um direito ao reequilíbrio financeiro do contrato, mesmo quando operadas pelo exercício de poderes de autoridade pelo contraente público.

¹⁹³ *Contratos Públicos: subsídios para a dogmática administrativa, como exemplo no princípio do equilíbrio financeiro*, in *Cadernos O Direito*, n.º 2, Almedina, 2007, págs. 89 a 90.

¹⁹⁴ *Idem*.

De facto, nem todas as modificações do contrato, incluindo as decididas por ato unilateral do contraente público, originam um desequilíbrio financeiro do contrato. E só haverá direito ao reequilíbrio financeiro quando exista desequilíbrio financeiro.

Dito de outro modo, não deve confundir-se (exercício do) poder de autoridade com desequilíbrio financeiro do contrato, uma vez que é perfeitamente configurável o exercício daquele poder sem que tal acarrete um maior ónus ou custo, ou um menor proveito, para o cocontratante¹⁹⁵.

Uma segunda respeita ao facto de a reposição do equilíbrio financeiro dever ater-se aos efeitos do evento que a origina, isto é, não poder considerar outras situações eventualmente menos vantajosas para o cocontratante (acomodáveis, por exemplo, nos riscos inerentes à atividade).

O direito ao reequilíbrio financeiro conferido ao cocontratante pode ter origem na modificação do contrato com fundamento em razões de interesse público, ou com fundamento na alteração anormal e imprevisível das circunstâncias imputável a decisão do contraente público, que se repercute de modo específico na situação na situação contratual do cocontratante.

O direito a uma modificação do contrato ou a uma compensação financeira tem origem nos demais casos de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias.

No fundo, o legislador faz corresponder ao exercício de poderes de autoridade no âmbito da relação contratual (poder de modificação) a figura do reequilíbrio financeiro, e à da alteração das circunstâncias a figura da compensação financeira.

Com uma importante exceção, que respeita aos atos praticados pelo contraente público fora do exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual (*fait du prince*, ao menos formalmente), mas que se repercutam de modo *específico* na *situação contratual* do cocontratante.

¹⁹⁵ Licínio Lopes Martins, *Empreitada de obras públicas...*, pág. 533 a 534, afirma que “a execução do contrato administrativo (e do contrato público em geral) – e a modificação e o reequilíbrio também são projecções práticas dessa execução – não deve ser minimizada a meras equações numéricas: por exemplo, a modificação e o reequilíbrio do contrato poderá apenas passar pela alteração de técnicas ou das condições que permitam ao co-contratante melhorar o seu desempenho/performance”.

Sublinha-se que não basta que os atos se repercutam genericamente na situação contratual, ou no cocontratante, é necessário que essa repercussão seja *específica* e na *situação contratual* do cocontratante¹⁹⁶.

Resta ainda acrescentar que este direito ao reequilíbrio financeiro por alteração das circunstâncias imputável a ato praticado pelo contraente público fora do exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual, mas que se repercuta de modo específico na situação contratual do cocontratante¹⁹⁷ só se verifica, e tendo em conta a repartição do risco entre as partes, se o facto invocado como fundamento desse direito altere os pressupostos com base nos quais determinou o valor das prestações a que se obrigou, desde que o contraente público conhecesse ou não devesse ignorar esses pressupostos.

Nas demais situações de alteração das circunstâncias, quer com origem em ato do contraente público, quer com origem em ato de terceiro, o cocontratante tem direito à modificação do contrato ou a uma compensação financeira.

Embora se apreenda a motivação para esta aproximação dos atos do contraente público adotados fora dos poderes de conformação contratual, mas com repercussão seja específica e na situação contratual do cocontratante, poderá dizer-se, sem exagerar, que o regime fica menos claro do que seria desejável, sobretudo pela necessidade de articular as diferentes consequências (reequilíbrio financeiro/compensação financeira) com as situações que as originam, no quadro de menor linearidade.

Por último, regista-se que a disciplina relativa ao reequilíbrio financeiro integra o artigo 282.º do CCP, e que a compensação financeira deve ser determinada segundo critérios de equidade.

2.9.5. A publicitação da modificação objetiva do contrato

A imposição da obrigação de publicitação das modificações objetivas do contrato prossegue, naturalmente, objetivos de transparência e cria melhores condições para o

¹⁹⁶ O que se aproxima, pelo menos, de um ato *ad hominem*.

¹⁹⁷ A referência do n.º 3 ao reequilíbrio financeiro significa que são estes os únicos atos em causa, pois são estes os únicos atos, no âmbito da alteração das circunstâncias, que originam reequilíbrio financeiro.

controle da legalidade dos atos publicitados, isto numa perspectiva geral da atividade administrativa.

Do ponto de vista específico da defesa da concorrência, a publicitação de atos relativos à modificação do contrato corresponde à ideia, hoje trazida de forma plena ao direito constituído, também no plano europeu, de que os meios e momentos com aptidão, e necessários, ao cumprimento do princípio não se esgotam no procedimento de formação do contrato.

Dispõe o artigo 315.º do CCP que “As modificações objetivas do contrato que representem um valor acumulado superior a 10% do preço contratual devem ser publicitadas, pelo contraente público, no portal dos contratos públicos, até cinco dias após a sua concretização, devendo a publicidade ser mantida até seis meses após a extinção do contrato.”, acrescentando o n.º 2 que “A publicitação referida no número anterior é condição de eficácia dos atos administrativos ou acordos modificativos, nomeadamente para efeitos de quaisquer pagamentos.”, e precisando o n.º 3 que “Tratando-se de contratos celebrados na sequência de procedimento com publicação no Jornal Oficial da União Europeia, devem ainda ser divulgadas neste jornal oficial, mediante anúncio de modelo próprio, as modificações objetivas que tenham como fundamento o previsto no n.º 4 do artigo 370.º, no n.º 2 do artigo 420.º-A ou no n.º 3 do artigo 454.º”.

Importa, a nosso ver, sublinhar, de forma breve, algumas ideias.

A primeira é a de que a obrigação de publicitação é definida por referência à variação do preço contratual, ficando de fora todas as modificações que não digam respeito ao preço, e que podem igualmente assumir relevância¹⁹⁸.

Não obstante, e atenta a diversidade de situações passíveis de constituir uma modificação objetiva do contrato sem impacto no preço contratual, compreende-se a opção do legislador por um critério objetivo.

A segunda ideia a sublinhar é que o valor relevante é o valor acumulado (superior a 10% do preço contratual) que resulte de uma ou mais modificações objetivas do contrato, o que vale por dizer que logo que aquela variação percentual seja atingida,

¹⁹⁸ Sem prejuízo de algumas delas serem objeto de publicitação quando da publicação do relatório de execução do contrato, previsto no artigo 465.º, n.º 1 do Código.

todas as modificações subsequentes que aumentem aquela percentagem devem ser publicitadas.

A terceira ideia que justifica referência respeita ao facto de a eficácia dos atos administrativos ou acordos modificativos que careçam de publicitação ficar dependente desta, aliás à semelhança do que sucede relativamente à eficácia do contrato¹⁹⁹.

Por último, regista-se que, nos termos previstos no n.º 3 do preceito sob análise, aditado ao Código de Decreto-Lei n.º 111-B/2017²⁰⁰, a obrigação de publicitação foi ampliada, devendo agora também ser publicitados no Jornal Oficial da União Europeia os atos administrativos ou acordos modificativos, que tenham como fundamento o previsto no n.º 4 do artigo 370.º, no n.º 2 do artigo 420.º-A ou no n.º 3 do artigo 454, todos do CCP.

2.10. Poder de aplicação de sanções contratuais

O poder do contraente público de aplicação de sanções em caso de incumprimento pelo cocontratante das obrigações a que esteja contratualmente vinculado tem consagração legal nos artigos 302.º, alínea d), 307.º, n.º 2, alínea d), 308.º, n.ºs 2 e 3 e 309.º do CCP²⁰¹.

Como vimos já, o exercício do poder de aplicação de sanções contratuais reveste a natureza de ato administrativo, apresentando, contudo, quanto ao procedimento de formação, uma especialidade face aos demais atos administrativos contratuais, uma vez que a sua prática carece, ao contrário do que sucede com os demais atos administrativos contratuais, de realização de audiência prévia.

Esta não é, porém, a única especialidade de regime a que cumpre aludir.

Efetivamente, a aplicação de sanções contratuais depende de habilitação específica, legal ou contratual. É o que resulta da redação dos artigos 307.º, n.º 2, alínea c)²⁰² e 329.º, n.º 1²⁰³ do CCP.

¹⁹⁹ Como resulta da leitura conjugada dos artigos 465.º, n.º 1 e 287.º, n.º 1 do Código.

²⁰⁰ No cumprimento da obrigação de transposição do disposto nos artigos 43.º, n.º 1 da Diretiva 2014/23/UE, 72.º, n.º 1 da Diretiva 2014/24/UE e 89.º, n.º 1 da Diretiva 2014/25/UE.

²⁰¹ Acrescendo ainda as normas especificamente aplicáveis a contratos de empreitada de obras públicas previstas que integram o artigo 403.º do CCP.

²⁰² “Aplicação das sanções *previstas* para a inexecução do contrato;” (itálico nosso).

As sanções administrativas mais frequentes são a resolução sancionatória, as multas contratuais, as sanções compulsórias e o sequestro do contrato²⁰⁴.

2.10.1. Resolução sancionatória

Como a designação evidencia, a resolução sancionatória²⁰⁵ é *resolução* e é *sanção*, do que decorre, desde logo, a conveniência de justificar a opção pela análise da figura no âmbito do estudo do poder de aplicação de sanções contratuais, em detrimento da sua consideração no âmbito do estudo do poder de resolução unilateral.

Não obstante o traço mais marcante da figura ser, há que reconhecê-lo, o efeito extintivo do contrato, o que terá pesado, admite-se, na sistemática adotada pelo legislador²⁰⁶, haverá também que ponderar questões gerais relativas à aplicação de sanções contratuais, e à articulação entre o conteúdo das disposições relativas à aplicação de multas contratuais e o conteúdo das disposições relativas à resolução sancionatória.

Por esta razão, e embora conscientes de que não existe uma opção ideal, parece-nos preferível tratar a figura da resolução sancionatória no âmbito do estudo sobre o poder de aplicação de sanções contratuais²⁰⁷.

Aquela dupla natureza de ato extintivo do contrato e de ato sancionatório impõe então uma cautela acrescida na análise, na medida em que existem disposições legais especificamente aplicáveis a atos resolutórios, em particular no que respeita à sua executoriedade, uma vez que o artigo 309.º não distingue a resolução sancionatória das demais²⁰⁸, e disposições legais especificamente aplicáveis a atos sancionatórios.

²⁰³ “Nos termos previstos no presente Código, o contraente público pode, a título sancionatório, resolver o contrato e aplicar *as sanções previstas no contrato ou na lei* em caso de incumprimento pelo cocontratante.” (itálico nosso).

²⁰⁴ Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Contratos Públicos* ..., pág. 157.

²⁰⁵ Prevista no artigo 333.º do CCP, e também referida no artigo 329.º, n.º 1 do mesmo Código.

²⁰⁶ Constando a respetiva disciplina no Capítulo VIII (cuja epígrafe é “Extinção do contrato em geral”) do Título I da Parte III do CCP.

²⁰⁷ Como o fazem, por exemplo, Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Contratos Públicos* ..., pág. 157. Diferentemente, Carla Amado Gomes, *A conformação da relação contratual* ..., pág. 22, aborda a resolução sancionatória no âmbito do estudo da resolução unilateral do contrato pelo contraente público.

²⁰⁸ A este propósito, José Carlos Vieira de Andrade, *Lições de Direito Administrativo*, pág. 277, afirma que não “parece razoável que a lei, de forma global e indiferenciada, qualifique como acto administrativo a resolução unilateral de quaisquer contratos, incluindo, para além dos casos

De facto, a resolução sancionatória também é *sanção*, e, não revestindo esta natureza pecuniária, não se apresenta para nós linear que dispense a audiência prévia estatuída no artigo 308.º n.º 2 do CCP.

Se, por um lado, a inserção sistemática no CCP de que beneficia reforça a sua natureza de ato extintivo do contrato, a relevância do regime garantístico reforçado no que respeita a aplicação de sanções não deve ser minimizada, não obstante se reconhecer que, chegado o contraente público à inevitabilidade do recurso à resolução sancionatória, a sua adoção e efetivação revestirá, por regra, significativa urgência.

Será esta, porventura, matéria a merecer aperfeiçoamento em futura revisão do Código.

No entanto, não se apresentará como um excesso de prudência, julgamos, que a intenção de resolver sancionatoriamente o contrato seja precedida de audiência prévia.

A resolução sancionatória tem sempre por fundamento a violação grave de obrigações assumidas pelo cocontratante, sendo as previsões constantes do artigo 333.º, n.º 1 do CCP meramente exemplificativas²⁰⁹.

Contudo, e para além daquelas, a relevância da violação de outras obrigações pelo cocontratante para fundamentar a resolução sancionatória do contrato depende de previsão expressa no contrato.

Assim, não será a mera violação de qualquer obrigação contratualmente prevista fundamento para a resolução sancionatória do contrato (ainda que essa violação seja grave), devendo aquele prever expressamente quais as obrigações cuja violação

de resolução por imperativo de interesse público, quer também a resolução por incumprimento “que tradicionalmente é vista no direito administrativo, contra o nosso entendimento, como sanção contratual”, quer ainda a resolução por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias – e a razoabilidade é ainda menor quando, como veremos, se atribui a todos esses actos de resolução, para além de força de título executivo, força executória, permitindo a sua execução coactiva pelos meios administrativos sem recurso aos tribunais.”.

²⁰⁹ (i) Incumprimento definitivo do contrato por facto imputável ao cocontratante, (ii) incumprimento, por parte do cocontratante, de ordens, diretivas ou instruções transmitidas no exercício do poder de direção sobre matéria relativa à execução das prestações contratuais, (iii) oposição reiterada do cocontratante ao exercício dos poderes de fiscalização do contraente público, (iv) cessão da posição contratual ou subcontratação realizadas com inobservância dos termos e limites previstos na lei ou no contrato, desde que a exigência pelo cocontratante da manutenção das obrigações assumidas pelo contraente público contrarie o princípio da boa-fé, (v) se o valor acumulado das sanções contratuais com natureza pecuniária exceder o limite previsto no n.º 2 do artigo 329.º, (vi) incumprimento pelo cocontratante de decisões judiciais ou arbitrais respeitantes ao contrato, (vii) não renovação do valor da caução pelo cocontratante e (viii) apresentação pelo co-contratante à insolvência ou declaração desta pelo tribunal.

(naturalmente, para além das expressamente enunciadas no artigo 333.º, n.º do CCP) constituem fundamento de resolução sancionatória do contrato²¹⁰.

Questão interessante é a articulação entre aplicação de sanções pecuniárias e resolução unilateral do contrato, que o artigo 329.º do CCP enquadra.

Antecipando desde já que o limite para o valor das sanções contratuais é, por regra, de 20% do preço contratual²¹¹, aquele limite é aumentado até 30% quando exista fundamento para a resolução do contrato, e, ainda assim, por entender o contraente público que dela resultaria grave dano para o interesse público, decida este não resolver o contrato.

Aparentemente, atingida uma situação de grave incumprimento contratual, o contraente público poderá resolver sancionatoriamente o contrato, ou aplicar uma sanção que ultrapasse o valor equivalente a 20% do preço do contrato, com o limite de 30% daquele valor²¹².

Contudo, não existe total liberdade na escolha de uma ou outra hipótese. Da redação do artigo 329.º, n.º 3 do CCP resulta que, atingido o limite de 20% e perdurando uma situação de grave incumprimento, o contraente público só pode não resolver sancionatoriamente o contrato se concluir que da resolução resultaria grave dano para o interesse público.

2.10.2. Sanções pecuniárias

A aplicação de sanções pecuniárias é outra das possibilidades conferidas ao contraente público para conformar a relação contratual, e a estas se refere, de forma expressa, o artigo, 329.º, n.º 2 do CCP, como aliás fomos adiantando no ponto anterior.

²¹⁰ Será este, julgamos, o sentido da expressão “grave violação das obrigações assumidas pelo cocontratante *especialmente previstas no contrato*” (itálico nosso).

²¹¹ Cfr. o artigo 329.º, n.ºs 2 e 4 do CCP. A referência ao preço contratual remete-nos para a respetiva definição, constante do artigo 97.º do CCP.

²¹² As percentagens referem-se a valores acumulados de sanções contratuais, pelo que se o contraente público já tiver aplicado sanções contratuais em valor correspondente, por exemplo, a 20% do preço do contrato, apenas poderá aplicar uma nova sanção no valor de 10% daquele preço.

Reiterando que as sanções pecuniárias, como as demais, dependem de consagração legal ou contratual, vimos já também que o seu valor não pode, por regra ultrapassar 20% do preço do contrato.

Em exceção ao princípio geral de que a aplicação de sanções contratuais está sujeita a audiência prévia, dispõe o artigo 308.º, n.º 3 do CCP que “O contraente público pode, todavia, dispensar a audiência prévia referida no número anterior se a sanção a aplicar tiver natureza pecuniária e se encontrar caucionada por garantia bancária à primeira solicitação ou por instrumento equivalente, desde que haja fundado receio de a execução da mesma se frustrar por virtude daquela audiência.”.

O ato do contraente público de aplicação de sanção pecuniária é executório, podendo este, para obtenção dos valores a que entenda ter direito, recorrer, quando esta exista, à execução da caução, ao abrigo do disposto do artigo 296.º, n.º 1, alínea a) do CCP.

A aplicação de sanções contratuais visa, na generalidade, alcançar dois resultados: por um lado, punir o cocontratante que se encontra em incumprimento contratual, e, por outro lado, prevenir futuros incumprimentos contratuais²¹³, sendo por regra aplicadas a factos passados, e com um efeito único e definitivo.

Importa, a este respeito, sublinhar que a aplicação de sanções contratuais não assume, concetualmente, uma natureza indemnizatória, não devendo, por isso, confundir-se com as eventualmente contratualizadas cláusulas penais.

A distinção é assumida pelo CCP no artigo 296.º, que, conferindo embora à caução, na generalidade, um efeito de garantia relativamente à satisfação de quaisquer importâncias que se mostrem devidas por força do não cumprimento por aquele das obrigações legais ou contratuais, distingue claramente esse efeito no que respeita, por um lado, às importâncias devidas pela aplicação de sanções pecuniárias e, por outro, às importâncias fixadas no contrato a título de cláusulas penais²¹⁴.

²¹³ A afirmação é feita por referência ao âmbito contratual, atento o contexto, mas obviamente não se esgota neste. Toda a sanção tem (deve ter) um propósito também preventivo. Sublinha-se ainda que o efeito preventivo de futuros incumprimentos contratuais pode não se esgotar no contrato no âmbito do qual a sanção é aplicada, atento o disposto no artigo 464.º-A do Código.

²¹⁴ Neste sentido se pronunciam Miguel Assis Raimundo e João Martins Claro *A aplicação e redução de multas contratuais no contrato de empreitada de obras públicas*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 112, CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho, julho/agosto de 2015, págs. 16 a 17.

As sanções compulsórias, por regra configuradas como sanções pecuniárias, visam ainda um terceiro resultado, o de trazer o cocontratante de novo e o mais rapidamente possível a uma situação de cumprimento contratual.

Um exemplo de uma sanção compulsória pode ser encontrado no artigo 403.º do CCP, no âmbito do regime especial do contrato de empreitada de obras públicas, prevendo o n.º 1 deste artigo que “Em caso de atraso no início ou na conclusão da execução da obra por facto imputável ao empreiteiro, o dono da obra pode aplicar uma sanção contratual, por cada dia de atraso, em valor correspondente a 1 (por mil) do preço contratual, sem prejuízo de o contrato poder prever valor mais elevado, até ao dobro daquele valor.”, acrescentando o n.º 2 do mesmo artigo regra específica para a situação de incumprimento de prazos contratuais parciais, e dispondo o n.º 3 que “O empreiteiro tem direito ao reembolso das quantias pagas a título de sanção contratual por incumprimento de prazos parciais de execução da obra quando recupere o atraso na execução dos trabalhos e a obra seja concluída dentro do prazo de execução do contrato.”, o que evidencia bem o intuito prosseguido de *trazer* o cocontratante ao cumprimento do contrato²¹⁵.

A redação deste artigo 403.º do CCP suscita uma questão que tem merecido a atenção da doutrina, e que radica na formulação da disposição.

Deste facto, estabelece estes valores concretos para as sanções que o dono da obra pode aplicar pelo incumprimento de prazos gerais ou parciais de execução de obras públicas, em concreto e respetivamente, um por mil do preço contratual por dia de atraso, no primeiro caso, sendo o valor reduzido a metade no segundo caso.

Questiona-se portanto se, verificada a condição, o dono da obra pode optar por aplicar uma sanção, mas de valor inferior à prevista no Código.

Com apelo à aplicação do princípio da proporcionalidade a que o contraente público/dono da obra se deve considerar vinculado, na generalidade, na execução do contrato²¹⁶, em sentido afirmativo se pronuncia Paula Costa e Silva, afirmando que “o

²¹⁵ Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Contratos Públicos ...*, pág. 158, enfatizam a natureza de medida de “execução administrativa do contrato”.

²¹⁶ Como dispõe o artigo 281.º do CCP, e, desde a revisão de 2017, de forma ainda mais expressa, o artigo 1.º-A, n.º 1 do mesmo Código.

ato de aplicação da multa é não apenas discricionário quanto à sua prática como também quanto ao seu conteúdo”²¹⁷.

Em sentido convergente se pronunciam também Miguel Assis Raimundo e João Martins Claro, sublinhando que “um dos pilares essenciais do direito sancionatório é precisamente o princípio da proporcionalidade, desde logo com importância capital ao nível da determinação da medida da sanção”²¹⁸.

Esta dupla natureza discricionária que se regista quanto ao poder de aplicação de sanções determina uma acrescida importância do dever de fundamentação, enunciando Paula Costa e Silva três fatores que assumem especial relevância: “(i) a gravidade e a extensão do não cumprimento, (ii) o prejuízo para o interesse do credor, e (iii) a exigência de acautelamento do interesse público.”²¹⁹.

Em particular a propósito deste último, será pertinente sublinhar que o interesse público se cumpre, em primeira instância, com a satisfação da necessidade que suscitou o contrato, e que, como vimos já, a sanção não tem uma natureza indemnizatória.

Assim, haverá que ponderar os diferentes efeitos da aplicação da sanção: se, por um lado, e em particular no caso das sanções compulsórias, apresentam estas um importante efeito de pressão sobre o cocontratante para a retoma do cumprimento do contrato, poderão também contribuir para agravar uma eventual situação económica ou financeira frágil do cocontratante, aumentando ainda mais o risco de incumprimento do contrato.

Sobre esta perspetiva, e no âmbito de análise de “Medidas de auxílio do contraente privado e de defesa do contrato” refere-se Pedro Costa Gonçalves à *contenção* e *prudência* no exercício dos poderes públicos de reação ao incumprimento contratual, afirmando que “Uma providência com outras características consiste em o contraente público adotar uma atitude prudente e contida no exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual, designadamente os que se referem à aplicação de sanções (associadas à execução da caução) e à reacção em face do incumprimento do contraente privado. Trata-se, estamos certos, de uma matéria sensível, mas, ainda assim, afigura-se-nos que o exercício cuidadoso e cauteloso dos referidos poderes é susceptível

²¹⁷ *Multas contratuais: discricionariedade ou vinculação?*, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 112, CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho, julho/agosto de 2015, pág. 9.

²¹⁸ “A aplicação e redução de multas contratuais..., pág. 23.

²¹⁹ Multas contratuais..., pág. 9.

de se revelar a estratégia correcta para, em muitos casos, evitar a aceleração do processo de degradação económica do contraente privado.”²²⁰.

Em jeito de síntese, cabe sublinhar que o poder de aplicação de sanções contratuais constitui um poder algo heterogéneo, cujo recorte apresenta uma especificidade face aos demais poderes de conformação da relação contratual, e com afinidades com figuras que, e passe a redundância, embora próximas, estão fora dos poderes de conformação da relação contratual (cláusulas contratuais penais).

A heterogeneidade decorre dos diferentes efeitos imediatos no contrato que o exercício do poder pode originar (incluindo a respetiva resolução). A especificidade respeita ao modo de formação do ato, que pode ou não dispensar audiência prévia, conforme as circunstâncias em que seja praticado.

2.10.3. Sequestro do contrato

O sequestro é uma figura típica dos contratos de concessão de obras públicas e de serviços públicos²²¹, consistindo no poder de o contraente público, “Em caso de incumprimento grave pelo concessionário de obrigações contratuais, ou estando o mesmo iminente” poder “tomar a seu cargo o desenvolvimento das atividades concedidas.”²²².

A maior parte dos autores qualifica o sequestro da concessão como uma sanção contratual²²³.

Também neste âmbito, tal como sucede com a resolução sancionatória, a qualificação não é irrelevante, uma vez que a aplicação de sanções contratuais beneficia de um regime específico, relativamente aos demais atos de conformação da relação contratual, embora, reconhece-se, a disciplina específica do sequestro do contrato enforma em

²²⁰ *Gestão de contratos públicos em tempo de crise*, in Estudos de Contratação Pública, III, CEDIPRE, Coimbra Editora, 2010, pág. 36.

²²¹ Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Contratos Públicos ...*, pág. 159.

²²² Artigo 421.º do CCP.

²²³ Neste sentido, e entre outros, Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Contratos Públicos...*, pág. 158, Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito...*, vol. I, Almedina, 2003 – 7.ª reimpressão da 2.ª edição, pág. 634, e Pedro Miguel Matias Pereira, *Os poderes do Contraente Público...*, pág. 79.

concreto as duas especificidades relevantes (a audiência prévia e a executoriedade do ato).

Contudo, não pode deixar de exprimir-se alguma reserva à qualificação do sequestro como uma sanção, na medida em que o seu exercício não depende necessariamente de incumprimento do contrato, podendo ocorrer antes, em momento em que “esteja iminente a cessação ou suspensão, total ou parcial, de atividades concedidas;”²²⁴.

Assim, das duas, uma: ou se admite a existência de sanção sem incumprimento, hipótese que, obviamente, se rejeita liminarmente, ou se considera que a iminência de cessação ou suspensão, total ou parcial, de atividades concedidas constitui, desde logo, e por si, um incumprimento do contrato. Dito de outro modo, o concessionário deve cumprir o contrato não apenas considerando a obrigação de cumprir ou prestar as atividades concedidas, mas também a obrigação de não atingir uma situação de iminência de cessação ou suspensão, total ou parcial, das atividades, pois, chegado aí, já estará em situação de incumprimento do contrato.

Para além da ocorrência ou da iminência da ocorrência da cessação ou suspensão, total ou parcial, de atividades concedidas, constitui ainda fundamento para o sequestro a verificação de perturbações ou deficiências graves na organização e regular desenvolvimento das atividades concedidas ou no estado geral das instalações e equipamentos que comprometam a continuidade ou a regularidade daquelas atividades ou a integridade e segurança de pessoas e bens.

O sequestro depende de uma notificação prévia ao concessionário para que “no prazo que lhe for razoavelmente fixado, cumprir integralmente as suas obrigações e corrigir ou reparar as consequências dos seus atos, exceto tratando-se de uma violação não sanável.”²²⁵. Esta obrigação não existe quando a violação de obrigações pelo concessionário constituir uma violação não sanável.

Dispõe ainda o artigo 421.º, n.º 4 do CCP que “Nos casos em que esteja previsto, em acordo entre o concedente e as entidades financiadoras, o direito destas de intervir na

²²⁴ Artigo 421.º, n.º 2, alínea a) do CCP.

²²⁵ Artigo 421.º, n.º 3 do CCP.

concessão nas situações de iminência de sequestro, este apenas pode ter lugar depois de o concedente notificar a sua intenção às entidades financiadoras.”²²⁶.

Os encargos inerentes ao desenvolvimento, pelo concedente, das atividades concedidas correm pelo concessionário²²⁷, o que bem se compreende, uma vez que o sequestro não constitui resolução, nem sequer suspensão, da execução do contrato²²⁸.

O sequestro não pode ter duração superior a um ano e o termo do sequestro pressupõe, necessariamente, a notificação pelo concedente ao concessionário para retomar o desenvolvimento das atividades concedidas²²⁹, sendo que, quando o concessionário não possa, ou se opuser, a retomar o desenvolvimento das atividades concedidas, o concedente pode resolver o contrato²³⁰.

O concedente pode ainda resolver o contrato quando, tendo o concessionário retomado o desenvolvimento das atividades concedidas, continuarem a verificar-se os factos que deram origem ao sequestro²³¹.

2.11. Poder de cessão da posição contratual por incumprimento do cocontratante

A cessão da posição contratual pelo cocontratante por decisão do contraente público constitui uma das novidades introduzidas no CCP pela alteração formalizada com a publicação do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, constando o seu regime do aditado artigo 318.º-A²³².

²²⁶ A disposição disciplina a articulação entre o sequestro e os direitos de step in e step out, regulados no artigo 322.º do Código, e que, não sendo exclusivos dos contratos de concessão, encontram nestes o seu âmbito mais comum.

²²⁷ Artigo 421.º, n.º 5 do CCP.

²²⁸ Pelo que, acrescentamos, nós, o sequestro não determina a extensão do prazo de execução do contrato.

²²⁹ Artigo 421.º, n.º 6 do CCP.

²³⁰ Artigo 421.º, n.º 7 do CCP.

²³¹ Idem.

²³² Em rigor, e como sublinha Paulo Otero, *Incumprimento e cessão da posição contratual...*, a cessão da posição contratual do cocontratante por incumprimento deste e por iniciativa de terceiro não constitui uma verdadeira inovação, pois “o artigo 322º da versão (ainda hoje) vigente do CCP prevê a possibilidade de as entidades financiadoras intervirem nos contratos, existindo autorização do contraente público, incluindo através da cessão da posição contratual do cocontratante a seu favor ou a favor de uma entidade indicada pelas entidades financiadoras”. Os parêntesis, nossos, justificam-se porque o texto é datado de 25 de outubro de

Dispõe aquele articulado que “O contrato pode prever que, em caso de incumprimento, pelo cocontratante, das suas obrigações, que reúna os pressupostos para a resolução do contrato, o cocontratante ceda a sua posição contratual ao concorrente do procedimento pré-contratual na sequência do qual foi celebrado o contrato em execução, que venha a ser indicado pelo contraente público, pela ordem sequencial daquele procedimento.”.

Duas primeiras evidências se sublinham: por um lado, a possibilidade de cessão da posição pelo cocontratante por decisão do contraente público deve estar prevista no contrato²³³, e, por outro lado, não será qualquer incumprimento contratual que poderá constituir fundamento para a atuação do contraente público, mas apenas aquele incumprimento apto a fundamentar a resolução unilateral do contrato pelo contraente público (por incumprimento do cocontratante).

Acresce ainda que as limitações à cessão da posição contratual enunciadas na generalidade no artigo 317.º, n.º 1 do CCP se aplicam, naturalmente e também, à cessão da posição contratual prevista no artigo 318.º-A.

Temos portanto que, perante uma grave incumprimento contratual, o contraente público, ao invés de resolver (unilateralmente) o contrato e iniciar um novo procedimento pré-contratual tendo em vista o completo cumprimento do objeto do contrato resolvido, pode optar por tentar chamar à execução do contrato ainda vigente uma das entidades que tenha sido concorrente no respetivo procedimento de formação.

Este convite (o Código designa-o *interpelação*) deve ser feito gradual e sequencialmente, aos concorrentes que participaram no procedimento que antecedeu a adjudicação, de acordo com a respetiva classificação final. Assim, apenas poderá vir a ser cessionário aquele que tenha sido concorrente no procedimento, e cuja proposta tenha sido objeto de ordenação.

Dito de outro modo, apenas poderá ser cessionário aquele cuja proposta estivesse em condições de sobre ela recair a adjudicação, segundo a ideia, que não resulta expressamente dos artigos 73.º e 146.º do CCP, mas que será de acolher, de que só são objeto de ordenação as propostas que sejam suscetíveis de adjudicação.

2017, isto é, a redação do CCP resultante da revisão de 2017 estava naquela data publicada, mas ainda não vigorava.

²³³ Paulo Otero, Incumprimento e cessão da posição contratual..., pág. 7, afirma que se visa “obter *a priori* o consentimento do cocontratante à cessão, desde que se verifiquem os restantes pressupostos legais;”.

Esta possibilidade, mesmo sujeita a condição, de outros concorrentes, mesmo tendo visto as suas propostas preteridas no procedimento de formação do contrato, virem ainda a ter a possibilidade de assumir a posição de cocontratante evidencia bem a anterior já anteriormente expressa da crescente interligação entre os regimes de formação e de execução dos contratos, sublinhando Paulo Otero que se pode aqui alicerçar, “aliás, uma posição jurídica de vigilância por parte destes concorrentes sobre os termos como o cocontratante está a cumprir as suas obrigações e, simultaneamente, como o contraente público se encontra a exercer os poderes de fiscalização sobre a execução do contrato.”²³⁴

A afirmação de que a interpelação é sequencial evidencia, se dúvidas pudessem subsistir, que os concorrentes cujas propostas foram preteridas no procedimento que antecedeu a adjudicação não estão obrigados a aceitar a cessão²³⁵. Nem poderia ser, aliás de outra maneira, sendo suficiente recordar que o concorrente se vincula à sua proposta, válida pelo prazo previsto nas peças do procedimento²³⁶, e que, mesmo que o prazo de vinculação ainda estivesse válido, a vinculação do concorrente operaria sempre por referência à sua proposta, e não a uma proposta de terceiro, relativamente à qual o concorrente interpelado não se vinculou e relativamente à qual pode até não ter condições (financeiras, técnicas) a para executar.

Ocorrendo aceitação de um dos concorrentes interpelados, a cessão da posição contratual opera por mero efeito de ato do contraente público²³⁷, sendo eficaz a partir da data por este indicada, e transferindo-se então automaticamente os direitos e obrigações do cocontratante, desde que constituídos em data anterior à da notificação do ato referido no número anterior, para o cessionário, na data de produção de efeitos daquele ato, sem que este a tal se possa opor²³⁸.

²³⁴ Incumprimento e cessão da posição contratual..., pág. 9.

²³⁵ Neste sentido, com extensa argumentação, Marco Caldeira, *Artigo 318.º-A*, disponível em <https://contratospublicos.net/2018/11/25/artigo-318-o-a/> e consultado em 30 de novembro de 2020.

²³⁶ Ou, como é sabido, na ausência de prazo concretamente previsto nas peças, por 66 dias (sendo que, no caso de concurso público urgente, o prazo é obrigatoriamente de dez dias).

²³⁷ Artigo 318.º-A, n.º 4.

²³⁸ *Idem*, n.º 5.

Este novo poder de autoridade conferido ao contraente público tem sido objeto de diferentes críticas, não tanto quanto à respetiva consagração legal, mas sobretudo quanto à formulação adotada²³⁹.

Contudo, mesmo no que tange à instituição da figura, não se apresenta esta pacífica.

Miguel Lorena de Brito afirma que “É compreensível que o legislador tenha procurado um solução pragmática para obviar aos efeitos negativos (nomeadamente em termos de custo e de tempo) causados por uma resolução do contrato. (...) Neste contexto, é também compreensível a ideia e permitir ao contraente público executar uma espécie de *cessão forçada*”²⁴⁰.

Em sentido contrário, Pedro Leite Alves, criticando a possibilidade de o cessionário poder recusar a transmissão da posição contratual do cedente no que a subcontratos respeitar, afirma não encontrar explicação racional para esta previsão, “a menos que o regime do artigo 318.º-A vise apenas permitir às entidades adjudicantes tornear a “maçada” dos procedimentos pré-contratuais – diabólica intenção que certamente não terá sido a do legislador”²⁴¹.

Na nossa opinião, a figura da cessão forçada da posição contratual constitui um razoável compromisso entre a obrigação de respeitar as Diretivas e o interesse em encontrar (novos) mecanismos expeditos de satisfação das necessidades subjacentes à celebração dos contratos.

Não deve obviar-se que o desenvolvimento de um novo procedimento pré-contratual (concorrencial) apresenta um custo económico e um prazo de execução que não se apresentam despidiendos. Esta importância pode ser tanto maior se respeitar à interrupção, por definição imprevisível²⁴², da execução de um contrato, seja pela

²³⁹ Entre outros, criticam a redação do artigo 318.º-A do CCP Miguel Lorena de Brito, *A modificação subjetiva do contrato no Código dos Contratos Públicos*, in *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, coordenação de Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Tiago Serrão e Marco Caldeira, AAFDL Editora, 2017, págs. 891 e segs., Pedro Leite Alves, *Alguns problemas em sede de execução e (in)cumprimento do contrato*, idem, págs. 933 e segs., e Pedro Miguel Matias Pereira, *Modificação subjetiva, pagamentos diretos a subcontratados e resolução do contrato: novidades do CCP revisto*, in *Revista de Contratos Públicos* n.º 17, Cedipre, 2017, págs. 23 e seguintes.

²⁴⁰ *A modificação subjetiva do contrato...*, pág. 927.

²⁴¹ *Alguns problemas em sede de execução...*, pág. 940.

²⁴² Imprevisível no momento da sua celebração, entenda-se, uma vez que quando as partes celebram um contrato partem do princípio de que aquele será pontualmente cumprido.

interrupção do serviço, propriamente dita, seja pelos custos acrescidos que um intervalo que uma interrupção na execução pode acarretar.

Duas das críticas mais recorrentes ao preceito respeitam, uma, ao facto de só ser possível recorrer à cessão forçada da posição contratual quando o contexto da execução do contrato está já de tal modo degradado que constituiria fundamento para respetiva resolução sancionatória²⁴³, e, a outra, à referência do artigo 318-A, n.º 2 à celebração de um novo contrato para a adjudicação da conclusão dos trabalhos²⁴⁴.

Quanto à primeira, será de enfatizar que, embora a cessão forçada da posição contratual vise, precisamente, a subsistência do contrato, ela opera para o cedente, na prática, como uma verdadeira resolução sancionatória, uma vez que, um vez determinada pelo contraente público, e aceite pelo cessionário, o cedente deixa de ser parte no contrato, ou, dito por outras palavras, vê extinta a sua posição enquanto cocontratante.

Assim, compreende-se que o legislador tenha optado por constituir como condição para a cessão forçada da posição contratual um quadro equivalente ao que fundamenta a resolução sancionatória.

Quanto à segunda, será de concordar que, da cessão forçada da posição decorrerá, necessariamente, a *conclusão*²⁴⁵ de um novo contrato, porque, se relativamente ao cedente, ela opera por ato unilateral no exercício de poderes de autoridade, quanto ao cessionário ela opera por acordo (contrato). E, mesmo que considere a não redução a escrito do contrato, a interpelação do contraente público e aceitação do cessionário constituem, por si, um contrato, cujo conteúdo não se pode aliás, resumir, à interpelação e à aceitação.

Esta última consideração conduz-nos à última das questões controvertidas que pretendemos abordar nesta sede, a saber, a delimitação do objeto da cessão da posição contratual.

Sobre a matéria dispõem os n.ºs 4, 5, 6 e 8 do artigo sob apreciação.

²⁴³ Pedro Leite Alves, *Alguns problemas em sede de execução...*, pág. 936.

²⁴⁴ Miguel Lorena de Brito, *A modificação subjetiva do contrato...*, pág.927, e Pedro Leite Alves, *Alguns problemas em sede de execução...*, págs. 938 a 939.

²⁴⁵ Propositadamente ou não, a expressão constante do articulado é “concluir um novo contrato” e não *celebrar um novo contrato*.

O primeiro dos articulados estipula que “A cessão da posição contratual opera por mero efeito de ato do contraente público, sendo eficaz a partir da data por este indicada.”.

Dispõe o n.º 5 que “Os direitos e obrigações do cocontratante, desde que constituídos em data anterior à da notificação do ato referido no número anterior, transmitem-se automaticamente para o cessionário na data de produção de efeitos daquele ato, sem que este a tal se possa opor.”, acrescentando o n.º 6 que “As obrigações assumidas pelo cocontratante depois da notificação referida no n.º 4 apenas vinculam a entidade cessionária quando este assim o declare, após a cessão, e dispondo o n.º 8 sobre a transmissão da posição contratual nos subcontratos que hajam sido celebrados pelo cedente.

Na nossa opinião, todas estas matérias são, ou devem ser, parte integrante do contrato a concluir entre o contraente público e o futuro cessionário, e que constitui um contrato autónomo do contrato objeto de cedência.

De facto, e começando pelo momento em que a cedência da posição contratual se torna eficaz, a possibilidade da sua imposição apenas existe no que respeita ao cedente.

Quanto ao cessionário, quer este se tenha limitado a aceitar a data que constasse da interpelação, quer a tenha negociado, terá sempre estado em causa um acordo entre este e o contraente público.

O mesmo se diga quanto à posição do cessionário nos subcontratos que o cedente haja celebrado.

Temos, assim, que a natureza impositiva dos atos do contraente público se revela apenas perante o cedente, sendo apenas quanto a este que são exercidos poderes de autoridade.

Já quanto ao futuro cessionário, os atos do contraente público são, até ao momento que a cedência se torne eficaz, meros atos negociais e pré-contratuais, desprovidos de qualquer poder de autoridade.

Uma última nota, brevíssima, se justifica ainda para abordar a transmissão automática para o cessionário dos direitos e obrigações do cocontratante.

Também quanto a este aspeto, na nossa opinião, os atos do contraente público assumem aquela dupla natureza. Por um lado, e quanto ao cocontratante, constituem-se como atos

administrativos praticados no exercício de poderes de autoridade. Quanto ao futuro cessionário, constituem-se como meras declarações negociais.

Haverá, contudo, que fazer uma interpretação cuidada do ditame legal: a transmissão automática dos direitos e obrigações do cocontratante para o cessionário, desde que constituídos em data anterior à da notificação do ato referido no número anterior, não pode deixar de considerar os princípios da boa-fé e da proporcionalidade, sob pena de poderem ser criadas situações de injustiça (se não mesmo de enriquecimento sem causa), ou para o cocontratante, ou para o cessionário.

De facto, parece evidente que, se, por um lado, o cedente tem direito, na data da cessão, ao pagamento de trabalhos realizados ou serviços prestados, esse direito não é (não pode ser) transferido, por outro lado, se sobre o cedente impende a obrigação de pagamento de uma multa contratual que anteriormente lhe haja sido aplicada, não deve essa obrigação ser transmitida para o cessionário.

A especificidade desta cessão da posição contratual assenta assim no facto de, ao contrário do que é comum, a cessão assentar, não no acordo entre o cedente e o cessionário, mas entre o contraente público e o cessionário.

Esta negociação está sujeita a limites de duas ordens.

Uma primeira diz respeito à relação entre o contraente público e o cessionário. O primeiro não age por conta e no interesse do segundo, age na prossecução do interesse público, mas não pode deixar de atender aos já referidos princípios.

A segunda respeita à integridade do objeto do contrato, cumprindo assim também o princípio da concorrência.

Aqui chegados, enunciam-se duas conclusões.

A cessão da posição contratual prevista no artigo 318.º-A do CCP só é forçada para o cocontratante (cedente), podendo ser objeto de negociação com o cessionário.

Essa negociação não pode ir além das modificações objetivas admissíveis por lei, não existindo, na nossa opinião, obstáculo a que da cedência não possa resultar, por exemplo, uma prorrogação do prazo de execução do contrato, caso essa prorrogação fosse admissível face ao cocontratante original.

Sendo certo que o que acabou de se expor não será, em muitas situações, suficiente, para encontrar a disponibilidade de um outro concorrente ao procedimento de formação do contrato para assumir a posição contratual do cocontratante original, ainda assim o instituto poderá vir a ter maior aplicação do que juízos de prognose mais pessimistas vaticinavam.

Em qualquer caso, sendo esta uma figura que encontrará o seu âmbito concreto de aplicação sobretudo em contratos com prazos de execução mais longos, apenas o tempo²⁴⁶ permitirá concluir sobre a utilidade concreta da cessão forçada da posição contratual instituída pelo artigo 318.º-A do CCP.

2.12. Poder de resolução unilateral do contrato

Na definição de Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, “O poder de resolução unilateral “art. 302.º, d) CCP” consiste na faculdade de administração resolver um contrato administrativo, sem necessidade de acordo do seu co-contratante ou de intervenção judicial, por razões de interesse público sem carácter sancionatório (art. 334.º, 1 CCP).”^{247 248}.

A resolução unilateral do contrato, como vimos já, e nas palavras de José Carlos Vieira de Andrade, “é configurada pela lei como acto administrativo, dotado de força executiva e também executória, é dizer, como o exercício de um poder do contraente público de máxima autoridade”²⁴⁹.

Efetivamente, mais ainda do que a modificação objetiva do contrato, o poder de resolução unilateral é, de entre todos os poderes de autoridade reconhecidos à administração na execução de contratos administrativos, aquele que, com maior expressão, afronta o princípio de que os contratos devem ser cumpridos.

²⁴⁶ Atento o facto de a figura da cessão da posição contratual por incumprimento do co-contratante ser apenas aplicável à execução de contratos cujo procedimento de formação tenha sido iniciado já na vigência da norma em causa, em cumprimento do princípio geral enunciado nas normas preambulares do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (artigo 12.º, n.º 1).

²⁴⁷ *Contratos Públicos* ..., pág. 159.

²⁴⁸ Como vimos já, os Autores enquadram a resolução sancionatória do contrato no poder sancionatório atribuído ao contraente público.

²⁴⁹ Lições de Direito Administrativo, pág. 286.

Sem prejuízo, "a cega exigência de cumprimento pontual do contrato (pacta sunt servanda) traduzir-se-ia, no fim de contas, na inversão de toda a lógica do direito público, dando prevalência ao contrato (e aos interesses do particular contratante na manutenção do vínculo contratual) sobre o interesse público"²⁵⁰.

A resolução unilateral do contrato por razões de interesse público está disciplinada no artigo 334.º do CCP, impondo este que a resolução seja fundamentada, “mediante o pagamento ao cocontratante de justa indemnização.”²⁵¹.

Esta indemnização deve corresponder aos danos emergentes e aos lucros cessantes, deduzido, destes, “o benefício que resulte da antecipação dos ganhos previstos.”²⁵².

O artigo 335.º do CCP prevê ainda que “O contraente público tem o direito de resolver o contrato com fundamento na alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, nos termos do disposto na alínea a) do artigo 312.º”²⁵³.

A remissão para o artigo 312.º, alínea a) do CCP (que disciplina, em primeira instância, a modificação objetiva do contrato) impõe que se recorde que não será qualquer alteração das circunstâncias que poderá fundamentar a resolução unilateral do contrato, mas apenas aquela alteração que, por um lado, seja anormal e imprevisível, e, por outro, afete gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato, valendo sobre esta matéria as reflexões feitas a propósito da modificação objetiva do contrato por alteração das circunstâncias.

Sublinhando aliás que, no que toca à figura da *alteração das circunstâncias*, o legislador adotou o mesmo conjunto de requisitos, quer para a modificação objetiva do contrato, quer para a resolução unilateral do contrato, “De modo que (...) o contraente

²⁵⁰ Pedro Costa Gonçalves, *O Contrato Administrativo (Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo)*, Almedina, 2003, pág. 104.

²⁵¹ Artigo 334.º, n.º 1.

²⁵² Artigo 334.º, n.º 2.

²⁵³ Direito que, aliás, assiste também ao cocontratante, nos termos previstos no artigo 332.º, n.º 1, alínea a) e n.º 2 do CCP, embora neste caso sob condição de a resolução não implicar “grave prejuízo para a realização do interesse público subjacente à relação jurídica contratual ou, caso implique tal prejuízo, quando a manutenção do contrato ponha manifestamente em causa a viabilidade económico-financeira do cocontratante ou se revele excessivamente onerosa, devendo, nesse último caso, ser devidamente ponderados os interesses públicos e privados em presença.”.

público tem à sua disposição o poder de modificar o contrato, ou, alternativamente, resolvê-lo.”²⁵⁴.

Dispõe ainda o n.º 2 do artigo 335.º do CCP que “Quando a resolução do contrato por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias seja imputável a decisão do contraente público adotada fora do exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual, o cocontratante tem direito ao pagamento de justa indemnização nos termos do disposto no artigo anterior.”.

Daqui resulta que a resolução unilateral do contrato pelo contraente público com fundamento na alteração das circunstâncias pode constituir, ou não, o exercício de um poder de autoridade, conforme a alteração das circunstâncias tenha origem na atuação do contraente público, enquanto tal, dizendo aquela alteração respeito, por maioria de razão, ao contrato²⁵⁵, sendo que, apenas neste caso, na nossa opinião, a resolução unilateral do contrato por alteração das circunstâncias configura o exercício de poderes de autoridade²⁵⁶.

Cumprindo ainda uma breve referência ao resgate, uma figura típica dos contratos de concessão, e enunciada no CCP no âmbito da disciplina relativa a concessões de obras públicas e de serviços públicos²⁵⁷.

O resgate é, então, o ato pelo qual o concedente (contraente público) resolve unilateralmente o contrato por razões de interesse público, estando o respetivo regime consignado no artigo 422.º do CCP.

Do resgate pode resultar a retoma da gestão direta das obras ou serviços concessionados pelo concedente, ou a atribuição de nova concessão, igual ou diferente no seu objeto e nos seus termos.

²⁵⁴ Pedro Miguel Matias Pereira, *Os poderes do Contraente Público...*, pág. 87.

²⁵⁵ Vale, a este propósito, *mutatis mutandis*, a reflexão enunciada anteriormente sobre a modificação objetiva do contrato por alteração das circunstâncias.

²⁵⁶ Em sentido diverso, Mário Aroso de Almeida, *Contratos Administrativos e poderes de conformação da relação contratual...*, pág. 14, entende que a resolução do contrato com fundamento na alteração das circunstâncias nunca configura o exercício de poderes de autoridade.

²⁵⁷ Constante do Capítulo II do Título II da Parte III do CCP, artigos 407.º a 430.º.

O resgate é um dos atos administrativos praticado ao abrigo dos poderes de conformação da relação contratual de poderes de autoridade ²⁵⁸, que pode ser executado coercivamente ²⁵⁹.

O resgate só pode ser exercido quando decorrido o prazo fixado no contrato, ou, na sua falta, decorrido um terço do prazo de vigência do contrato ²⁶⁰.

O estabelecimento deste prazo, usualmente designado por prazo de garantia, bem se compreende porque é normalmente nos contratos de concessão, porque nestes contratos que, com maior intensidade, a realização de investimentos por parte do cocontratante (concessionário), designadamente pela afetação de bens à concessão, cuja amortização é feita normalmente durante prazos longos, muitas vezes correspondentes aos prazos da própria concessão.

Os n.ºs 3 e 4 do artigo 422.º disciplinam os termos em que as obrigações assumidas pelo concessionário, quer antes, quer depois da notificação do resgate ²⁶¹, são vinculativas para o concedente.

Os n.ºs 4 e 5 do mesmo artigo regulam a indemnização a que o concessionário tem direito, sendo de aplicar, tal como previsto (também) no artigo 334.º, n.º 2 do CCP, o princípio de que a indemnização abrange os danos emergentes e os lucros cessantes, devendo, quanto a estes, deduzir-se o benefício que resulte da antecipação dos ganhos previstos (n.º 4), e, não resultando o respetivo valor exato do contrato, deve aquele ser apurado “nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 566.º do Código Civil” ²⁶² (n.º 6).

Passados em revista os poderes de conformação da relação contratual que correspondem ao exercício de poderes de autoridade (ou “exorbitantes”) pela administração, revela-se pertinente analisar que relações estabeleceu o legislador entre o exercício destes poderes e o gestor do contrato.

²⁵⁸ Como refere Gonçalo Guerra Tavares, *Comentário...*, pág. 945.

²⁵⁹ Artigo 309.º, n.º 2 do CCP.

²⁶⁰ Artigo 422.º, n.º 1 do CCP.

²⁶¹ O resgate deve ser notificado ao concessionário no prazo contratualmente previsto, ou, na sua falta, com pelo menos seis meses de antecedência.

²⁶² Cujas redação é “Se não puder ser averiguado o valor exacto dos danos, o tribunal julgará equitativamente dentro dos limites que tiver por provados.”.

2.13. Os poderes de conformação da relação contratual e o gestor do contrato

A introdução no CCP, no âmbito da revisão de que este foi objeto em 2017, da figura do gestor do contrato, justifica que dediquemos alguma atenção à matéria relativa às relações entre o exercício dos poderes de conformação da relação contratual e o gestor do contrato.

E assim é, adiantamos desde já, porque o Código prevê a possibilidade de delegação de alguns destes poderes no gestor do contrato²⁶³.

A consagração legal do gestor contrato traduz, nas palavras de Marco Caldeira, “uma inovação (i) expectável mas, apesar disso, (ii) muito positiva”²⁶⁴.

Continuando a acompanhar as considerações do Autor, *expectável porque a evolução do Direito Administrativo nos últimos anos tem vindo a evidenciar uma crescente preferência por alguma centralização (ou concentração) dos poderes de direção procedimental numa pessoa só*, com vantagens para os administrados, se não também para a Administração, e também “*porque – aqui, como em tantos outros pontos da revisão de 2017 do Código – o legislador deu cumprimento a insistentes recomendações já anteriormente formuladas pelo Tribunal de Contas*”. E positiva, porque face à *expressa consagração legal, hoje, de um princípio de boa administração (cf. artigo 5.º, n.º 1 do CPA) – aplicável a todas as formas de atuação administrativa e do qual decorre, portanto, como corolário, também um (sub)princípio de boa administração contratual, de que a figura do gestor do contrato será meramente uma concretização*.

E, precisamente, o legislador deu destaque, no Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, à criação da figura do gestor do contrato, “com a função de acompanhar permanentemente a execução do contrato, o que se afigura importante como ferramenta

²⁶³ Sem, contudo, esquecer que a gestão do contrato é, ou deverá ser, muito mais do que o exercício e poderes de autoridade ou exorbitantes, como sublinha Pedro Costa Gonçalves, *Gestão de contratos públicos...*, págs. 20 a 21, afirmando o Autor a recusa a “uma correspondência exacta entre gestão de contratos públicos e prerrogativas públicas”.

²⁶⁴ *O Gestor do Contrato em Portugal e em Angola – Breve Nota Comparativa*, Revista de Direito Administrativo, n.º 3, setembro/dezembro 2018, AAFDL, págs. 71.

de promoção de um desempenho de qualidade de todos os que colaboram no exercício de tarefas de relevância pública”.

Contudo, o recorte da figura, que consta no artigo 290.º-A do CCP²⁶⁵, tem sido alvo de várias críticas, mais “pelo (muito) que o legislador omitiu do que pelo (pouco) que efectivamente dispôs.”²⁶⁶.

Deixando de parte matérias acessórias ao objeto do presente trabalho²⁶⁷, importa centrar a nossa atenção na relação entre poderes de conformação da relação contratual e gestor do contrato, ou, dito de outro modo, nos poderes de conformação como poderes ao serviço do gestor do contrato.

Como vimos já, a função do gestor do contrato é a de acompanhar permanentemente a execução deste (artigo 290.º-A, n.º 1 do CCP).

Este acompanhamento é especificado nos n.ºs 2 e 3 do artigo, no que respeita, por um lado à obrigação de, quando se trate de contratos com especiais características de complexidade técnica ou financeira ou de duração superior a três anos, e sem prejuízo das funções que sejam definidas por cada contraente público, o gestor dever elaborar indicadores de execução quantitativos e qualitativos adequados a cada tipo de contrato, que permitam, entre outros aspetos, medir os níveis de desempenho do cocontratante, a execução financeira, técnica e material do contrato e de, uma vez detetados desvios, defeitos ou outras anomalias na execução do contrato, e, por outro lado, ao dever de que o gestor é incumbido de comunicar de imediato aqueles desvios, defeitos ou outras anomalias ao órgão competente, propondo em relatório fundamentado as medidas corretivas que, em cada caso, se revelem adequadas.

Por último, dispõe o n.º 4 do artigo que ao gestor do contrato podem ser delegados poderes para a adoção das medidas a que se refere o número anterior, exceto em matéria de modificação e cessação do contrato. No âmbito do presente trabalho, é este o ângulo de abordagem que nos interessa em particular.

²⁶⁵ Para além da referência constante no artigo 96.º, n.º 1, quanto à obrigação de a identificação do gestor do contrato em nome da entidade adjudicante ser um dos elementos que deve constar do contrato, quando este seja reduzido a escrito.

²⁶⁶ Marco Caldeira, *O Gestor do Contrato em Portugal e em Angola...*, pág, 73.

²⁶⁷ Entre outras, sobre o perfil técnico do gestor do contrato e sobre se deve ser nomeado um gestor para *todos* os contratos, incluindo os celebrados na sequência de um procedimento de ajuste direto simplificado e/ou de execução instantânea.

Cotejando a redação do artigo 290.º-A, n.º 4 do CCP com o conjunto de poderes consagrados no artigo 302.º do mesmo Código (direção, fiscalização, modificação unilateral, aplicação de sanções, resolução unilateral e cessão forçada da posição contratual do cocontratante para terceiro), verificamos, numa primeira leitura, que são suscetíveis de delegação o poder de direção, o poder de fiscalização e o poder de aplicação de sanções.

De facto, a matéria relativa à modificação abrange, no nosso entender, a modificação objetiva e a modificação subjetiva, pelo que estará excluída da habilitação para a delegação de poderes a cessão forçada da posição contratual do cocontratante para terceiro, assim como estará excluída a delegação do poder de resolução sancionatória, pois, como vimos atrás, a resolução sancionatória é resolução e é sanção.

Os poderes de conformação da relação contratual enunciados no artigo 302.º do CCP suscetíveis de delegação no gestor do contrato são, então, no nosso entendimento, o poder de direção, o poder de fiscalização, e o poder de aplicação de sanções (com exceção, reforça-se do poder de resolução sancionatória do contrato).

Importa também referir, neste breve enquadramento mais geral, a questão relativa à natureza do vínculo existente entre o gestor do contrato e o contraente público.

Em causa está determinar se o gestor do contrato tem de ser “o titular ou membro do órgão ou um dirigente ou um trabalhador”²⁶⁸, ou se a função poderá ser desempenhada no âmbito de um contrato de prestação de serviços.

A questão tem sido abordada pela doutrina, que se tem pronunciado de forma expressiva no sentido de “a escolha do gestor do contrato poder concretizar-se através de um procedimento de contratação pública para a aquisição de serviços, nos termos gerais”²⁶⁹.

²⁶⁸ Luís Alves, *Brevíssimas considerações sobre o Anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos*, in JusJornal, n.º 2460, 12 de outubro de 2016, disponível em <https://jusnet.wolterskluwer.pt/Content/Document.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAA3MDI0O1stSi4sz8PFsjA0MzA0sjc5BAZlqlS35ySGVBqmlaYk5xKgAG9WikNQAA==WKE> e consultado em 23 de dezembro de 2020.

²⁶⁹ Marco Caldeira, *O Gestor do Contrato em Portugal e em Angola...*, pág. 74. No mesmo sentido se pronuncia Sara Younis Augusto de Matos, Sara Younis Augusto de Matos, *Gestor do contrato: um olhar sobre o esboço de regime legal da nova figura*, in *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, coordenação de Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Tiago Serrão e Marco Caldeira, AAFDL Editora, 2017, págs. 802 a 803.

Na perspetiva em que nos centramos (a delegação de poderes de autoridade no gestor do contrato), importa recordar o artigo 44.º, n.º 1 do CPA dispõe que “Os órgãos administrativos normalmente competentes para decidir em determinada matéria podem, sempre que para tal estejam habilitados por lei, permitir, através de um ato de delegação de poderes, que outro órgão ou agente da mesma pessoa coletiva ou outro órgão de diferente pessoa coletiva pratique atos administrativos sobre a mesma matéria.”, detalhando o n.º 2 que “Para efeitos do disposto no número anterior, considera-se agente aquele que, a qualquer título, exerça funções públicas ao serviço da pessoa coletiva, em regime de subordinação jurídica.”.

No âmbito em estudo, o requisito da subordinação jurídica tem particular relevância, porque, não obstante o artigo 10.º, n.º 1 da atual Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas²⁷⁰ consagrar a figura do contrato de prestação de serviço para o exercício de funções públicas (e sendo este, no dizer da lei, celebrado para a prestação de trabalho), esclarece o articulado que esse trabalho é prestado sem sujeição à respetiva disciplina e direção, nem horário de trabalho.

Como refere Pedro Romano Martinez, a existência de subordinação é um elemento essencial do contrato de trabalho. Escreve o Autor que “A subordinação jurídica, para além da alienabilidade e do poder disciplinar, tem duas facetas: o dever de obediência, que recai sobre o trabalhador e o poder de direção, conferido ao empregador.”²⁷¹.

E, mesmo admitindo, como João Leal Amado, que a subordinação jurídica comporta graus distintos, não sendo incompatível com a autonomia técnico-executiva, típica, p. ex., das chamadas “profissões liberais.”²⁷², ainda assim nos parece que, relacionando as redações do artigo 44.º, n.º 1 do CPA e do artigo 10.º, n.ºs 1 e 2 da LGTFP, se pode concluir com segurança sobre a impossibilidade de delegação de poderes em prestadores de serviços, mesmo quando titulares dos contratos a que se refere o citado artigo 10.º da LGTFP.

E assim será porque, estando ausente do contrato de prestação de serviços a sujeição a disciplina, a direção, e a horário de trabalho, inexistente neste vínculo a subordinação jurídica indispensável à delegação de poderes.

²⁷⁰ Lei n.º 35/2014, de 20 de junho.

²⁷¹ *Direito do Trabalho*, Almedina, 2015, 7.ª edição, pág. 295.

²⁷² *Contrato de Trabalho*, Coimbra Editora, 2010, 2.ª edição, pág. 60.

Assim, concordando, na generalidade, com a ideia de que o gestor do contrato pode ser um gestor externo, isto é, com a ideia de que a função pode ser desempenhada no âmbito de um contrato de prestação de serviços, haverá que considerar, no nosso entendimento, que a delegação de poderes prevista no artigo 290.º-A, n.º 4 do CCP só poderá ser utilizada quando o gestor do contrato seja o titular ou membro do órgão ou um dirigente ou um trabalhador do contraente público²⁷³.

Este é, aliás, julgamos, o único entendimento compatível com a ideia de que *a escolha do gestor do contrato pode concretizar-se através de um procedimento de contratação pública para a aquisição de serviços, nos termos gerais*.

Por último, neste enquadramento introdutório, importa olhar a posição do gestor do contrato quando o objeto deste seja uma empreitada de obras públicas. E importa porque, conforme dispõe o anteriormente referido artigo 344.º do CCP, durante a execução do contrato de empreitada de obras públicas, o dono da obra é representado pelo diretor de fiscalização da obra.

Como realça Sara Younis Augusto de Matos, o artigo 96.º, n.º 1, alínea i) do CCP sinaliza “desde logo a função de representação do contraente que a este compete.”²⁷⁴.

Pelo que, aparentemente, quando o objeto do contrato seja uma empreitada de obra pública, o contraente público disporá de um gestor do contrato e de um diretor de fiscalização da obra, ambos com poderes de representação.

Não obstante os âmbitos dos exercícios dessas representações serem diferentes, este é, na nossa opinião, um aspeto a melhorar em futuras revisões do CCP.

Cumpra agora olhar, então, para cada um dos poderes de conformação da relação contratual suscetíveis de delegação no gestor do contrato.

A delegação do poder de direção será, porventura, aquela que menos dúvida suscitará. Existindo um gestor do contrato, cuja função é acompanhar permanentemente a

²⁷³ Não procedendo, na nossa opinião, qualquer comparação com o direito de fiscalização da obra, tal como é previsto no artigo 344.º, uma vez que não integra este artigo qualquer norma habilitante para a delegação de poderes, nem nenhum dos poderes de conformação da relação contratual lhe é conferido pelo artigos 16.º e 17.º da Lei n.º 31/2009 (que aprovou o regime jurídico que estabelece a qualificação profissional exigível aos técnicos responsáveis pela elaboração e subscrição de projetos, pela fiscalização de obra e pela direção de obra), que aliás, apenas lhe consigna deveres (o artigo 16.º).

²⁷⁴ *Gestor do contrato: um olhar sobre o esboço de regime legal...*, pág. 810.

execução deste, fará sentido que o contraente público possa incumbir o gestor do contrato do poder de direção do contrato.

Cremos mesmo que, sendo este poder visto, e por vezes tratado pelos contraentes públicos, como um poder *de segunda*, face a outros poderes de conformação da relação contratual, muito ganharia a boa execução do contrato, em muitos casos, com a delegação do poder direção em quem está incumbido de acompanhar permanentemente a execução daquele.

Já a delegação do poder de fiscalização nos deve merecer maior atenção, por duas ordens de razões.

Em primeiro lugar porque, como vimos já, o artigo 305.º, n.º 4 do CCP parece assumir uma certa cautela e contenção quando à delegação do poder de fiscalização, registando-se que o n.º 4 do preceito se refere à delegação das *tarefas* de fiscalização, e não à delegação dos *poderes* de fiscalização²⁷⁵.

De todo o modo, será de entender que, sendo a norma constante do artigo 290.º-A especial face à norma geral do artigo 305.º, n.º 4, quando o destinatário da delegação seja o gestor do contrato, o seu objeto será o *poder* de fiscalização do contrato.

Neste contexto, Sara Younis Augusto de Matos divisa “algumas disfunções no esboço do regime legal do gestor do contrato, a saber, uma primeira relativa à delineação dos contornos desta figura (...), com o respeito pela autonomia do cocontratante expressa em sede de conformação dos poderes do contraente público, concretamente no n.º 2 do artigo 303.º do CCP.”. Em particular no que respeita ao poder de fiscalização, afirma a Autora que “A verdade é que se delegam no gestor do contrato poderes clássicos de conformação da relação contratual, em relação aos quais o legislador foi particularmente prudente na respectiva regulação, nos artigos 302.º e seguintes do Código. O legislador é peremptório ao enfatizar a vinculação do contraente público aos parâmetros da adequação e da necessidade no exercício do poder de fiscalização. Como Carla Amado Gomes bem observa, é de notar a repetição do princípio da proibição do excesso no referido n.º 2 do artigo 303.º e no artigo 305.º, n.º 2. No entanto, e em sede de regime

²⁷⁵ Como vimos já supra, sem prejuízo de relevar a amplitude subjetiva conferida a esta delegação (de tarefas), que pode ser dirigida a comissões paritárias de acompanhamento ou entidades públicas ou privadas especializadas, isto é, para além dos limites tradicionais da desconcentração de poderes.

legal traçado para o gestor do contrato, não só não é expressa semelhante vinculação aos apontados princípios, como a lógica que se diria subjacente, em particular, ao n.º 2 do artigo 290.º-A, é eminentemente expansiva.”²⁷⁶.

Na nossa opinião, importa considerar, na generalidade, que os princípios enunciados no artigo 1.º-A, n.º 1 do CCP, designadamente os princípios da prossecução do interesse público, da proporcionalidade, da boa-fé, da tutela da confiança, e da concorrência devem também ser observados pelo gestor do contrato.

E, especialmente, quando seja este destinatário de delegação de poderes ao abrigo do artigo 290.º-A, n.º 4 do CCP, deve exercer esses poderes segundo os mesmos princípios e nos mesmos termos em que o delegante os pode exercer.

Será de admitir, por conseguinte, uma atuação do gestor do contrato, no exercício das funções enunciadas no artigo 290.º-A, n.º 2 do CCP, com uma maior latitude, e uma atuação do mesmo gestor do contrato, no exercício do poder de fiscalização delegado, mais enformada pelas limitações enunciadas no artigo 303.º, n.º 2 do CCP, o que se justifica pela designada exorbitância deste último poder, característica que as funções próprias do gestor do contrato não apresentam.

E, em segundo lugar, porque, no caso específico dos contratos de empreitada de obras públicas, existe, designado pelo dono da obra, e com funções de representação deste, um diretor de fiscalização da obra²⁷⁷.

Coloca-se assim a eventualidade de, ocorrendo delegação do poder de fiscalização no gestor do contrato, o mesmo contraente público dispor de um gestor do contrato com poderes delegados de fiscalização²⁷⁸ e de um diretor de fiscalização da obra²⁷⁹.

²⁷⁶ *Gestor do contrato: um olhar sobre o esboço de regime legal...*, pág. 810.

²⁷⁷ Artigo 344.º, n.º 2 do CCP.

²⁷⁸ Sendo que, como realça Sara Younis Augusto de Matos, *Gestor do contrato: um olhar sobre o esboço de regime legal...*, pág. 810. o artigo 96.º, n.º 1, alínea i) do CCP sinaliza “desde logo a função de representação do contraente que a este compete.”

²⁷⁹ O Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I.P., na sua Orientação Técnica 05/CCP/2019, de 23 de dezembro, disponível em <http://www.impic.pt/impic/pt-pt/noticias/orientacao-tecnica-05ccp2019-gestor-do-contrato> e consultada em 23 de dezembro, recordando que “Cabe ao Diretor de Fiscalização de obras públicas a execução, coordenação e verificação da conformidade da construção/obra com as definições do(s) projeto(s) de execução”, e remetendo, quanto a este, para o artigo 16.º da Lei n.º 31/2009, de 03 de julho, que, como é sabido, enuncia os deveres do diretor de fiscalização de obra, afirma que “ao gestor

Sublinha-se que não falamos agora do facto a que supra aludimos, de o gestor do contrato e de o diretor de fiscalização da obra serem ambos titulares, embora em âmbitos diferentes, do poder de representação do contraente público (que, no caso do contrato de empreitada de obra pública, é também designado por *dono da obra*).

Falamos de um gestor do contrato com poderes delegados de fiscalização deste.

E, embora, na nossa opinião, também os poderes de fiscalização do contrato a que aludem os artigos 302.º, alínea b) e 305.º do CCP não se confundam com os deveres do diretor de fiscalização da empreitada, tal não significa que esta não seja uma matéria que mereça reflexão e um enquadramento mais claro em futura revisão do Código dos Contratos Públicos.

Resta abordar a delegação no gestor do contrato do poder de aplicação de sanções contratuais, que não pode abranger, recordamos, a resolução sancionatória do contrato.

Assumimos, quanto a esta matéria, alguma dificuldade na formação de uma opinião.

De um lado, pode parecer um pouco exagerada a possibilidade da delegação de um poder no gestor do contrato que pode originar um pesado encargo para o cocontratante (até 20% do preço contratual).

Do outro lado, há que reconhecer, a aplicação de sanções contratuais, em particular as sanções compulsórias (e, ainda mais especificamente, as sanções compulsórias pecuniárias) constituem um instrumento privilegiado para, perante incumprimentos contratuais, induzir o cocontratante à adoção dos comportamentos aptos à retoma do cumprimento do contrato.

Tendo presente que o gestor do contrato, quando detete desvios, defeitos ou outras anomalias na execução do contrato, deve comunicá-los de imediato ao órgão competente, propondo em relatório fundamentado as medidas corretivas que, em cada caso, se revelem adequadas (artigo 290.º-A, n.º 3 do CCP), faz sentido, na nossa opinião, que o mesmo gestor do contrato possa ser habilitado, por delegação, com o poder de aplicação de sanções, assim se ganhando tempo e eficiência no cumprimento

do contrato compete, independentemente da fiscalização do contrato, o acompanhamento e vigilância da execução do mesmo (e não da obra em si).”.

do desiderato de, perante um incumprimento contratual, ser retomado o cumprimento no mais breve prazo.

Também nesta matéria, em futura revisão do CCP, será porventura de considerar um pequeno ajustamento ao normativo, restringindo a possibilidade de delegação do poder de aplicação de sanções no gestor do contrato a sanções compulsórias, na medida em que as demais, podendo embora também contribuir para alcançar o objetivo de retomar o pontual cumprimento do contrato, apresentam uma natureza essencialmente punitiva, o que poderá justificar um juízo de inconveniência da habilitação para a delegação do respetivo poder de aplicação.

Considerando que a proposta de alteração legislativa atualmente em apreciação pela Assembleia República abrange o artigo 290.º-A do CCP, este é um tema a retomar na análise, já de seguida, daquela proposta.

Capítulo III – A Proposta de Lei n.º 41/XIV/1.^a e o Decreto da Assembleia da República n.º 95/XIV

Em 26 de junho de 2020 deu entrada no Parlamento a Proposta de Lei n.º 41/XIV/1.^a, cujo objeto é o estabelecimento de medidas especiais de contratação pública e a alteração do Código dos Contratos Públicos e do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.²⁸⁰

No que respeita ao Código dos Contratos Públicos, a Proposta de Lei visa a aprovação de medidas especiais de contratação pública²⁸¹, e a adoção de medidas de simplificação, desburocratização e flexibilização no regime da contratação pública.

Depois de uma participada discussão²⁸², foi entretanto aprovado, em votação final global realizada em 16 de outubro de 2020, o Decreto da Assembleia da República n.º 95/XIV²⁸³.

²⁸⁰ Disponível em

<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=45053> e consultada em 04 de julho de 2020.

²⁸¹ As medidas especiais de contratação pública têm como enquadramento a grave crise económica vivida em Portugal (e em todo o Mundo) no âmbito pandemia provocada pelo vírus SARS-CoV-2.

Enviado o diploma para promulgação, o Presidente da República decidiu, nos termos do artigo 136.º, n.º 1 da Constituição, devolver à Assembleia da República, sem promulgação, o Decreto N.º 95/XIV, solicitando uma nova ponderação sobre matérias atinentes ao conjunto de medidas especiais de contratação pública, sem se referir, contudo, na mensagem enviada, às restantes matérias que são objeto do Decreto.

Sendo esta a situação na data da conclusão do trabalho, e não estando ainda adquirido que as alterações ao CCP constantes do Decreto da Assembleia da República n.º 95/XIV venham a constituir lei, justifica-se, ainda assim, proceder a uma brevíssima súmula sobre as matérias cuja alteração está suscitada e que apresentam relação com o presente trabalho.

Antes mais, o legislador volta, mais uma vez, ao âmbito de aplicação da Parte III do Código, e à definição de contrato administrativo, estando em causa a alteração dos artigos 1.º, n.º 5 e 280.º e passando este último, seu n.º 1, a integrar uma definição geral de contrato administrativo, por via da eliminação da expressão “para efeitos do presente Código”, no que parece constituir uma inflexão à orientação de restrição do âmbito de aplicação da Parte III do CCP que se intuía na revisão de 2017, embora sem concretização plena²⁸⁴.

Contudo, a redação proposta para o artigo 280.º, n.º 1 continua a dispor que “A parte III aplica-se aos contratos administrativos, entendendo-se como tal aqueles em que pelo menos uma das partes seja um contraente público”²⁸⁵, o que impõe que se recorde que a noção de contraente público constante do artigo 3.º, n.º 1 do CCP tem o seu âmbito restrito ao CCP.

Para além desta questão controvertida do Direito administrativo, sempre em aberto e nunca resolvida, a proposta de alteração ao CCP, no que ao presente trabalho interessa, suscita a alteração, embora aquém do que seria, na nossa opinião, desejável, do regime

²⁸² E com significativa repercussão nos *media*, embora, cumpre referi-lo em abono do rigor, mais por via das medidas excecionais do que propriamente das propostas de alteração ao CCP (e ao CPTA).

²⁸³ Publicado em 16 de novembro de 2020, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheDiplomaAprovado.aspx?BI=D=22449> e consultado em 24 de novembro de 2020.

²⁸⁴ Neste sentido, julgamos, Mário Aroso de Almeida, embora concordando com o princípio adotado na revisão de 2017 e criticando a falta de concretização plena, *Apreciação geral da revisão do Código dos Contratos Públicos...*, pág. 24.

²⁸⁵ Sublinhado nosso.

do gestor do contrato (artigo 290.º-A), e ainda dos regimes da modificação objetiva do contrato (artigos 311.º a 315.º) da cessão posição contratual do cocontratante por ato administrativo do contraente público (artigo 318.º-A), da aplicação de sanções contratuais por incumprimento de prazos gerais ou parciais no âmbito da execução de contratos de empreitada de obras públicas, e do âmbito do regime das modificações dos contratos.

Quanto ao regime de gestor do contrato, a redação proposta para o artigo 290.º-A passa a integrar a possibilidade de serem designados vários gestores do contrato, devendo, neste caso, o contraente público definir de forma clara as funções e responsabilidades de cada um. A redação proposta para o artigo integra também a previsão, clarificando um aspeto do ainda vigente regime debatido pela doutrina, sobre a possibilidade de o contraente público poder contratualizar a gestão do contrato com um terceiro, mas apenas em casos excepcionais, devidamente fundamentados, o que significará, pode presumir-se, a preferência do legislador pela escolha do(s) gestor(es) do contrato no âmbito do contraente público.

Quanto ao regime da modificação objetiva do contrato, as alterações ao CCP em análise vão, na generalidade, no sentido de aproximar o direito nacional dos regimes contantes das Diretivas.

Efetivamente, e como notámos a propósito da análise do regime da modificação objetiva do contrato consagrado na sequência da revisão do CCP destinada (*prima facie*) à transposição das Diretivas Europeias de 2014, o legislador nacional (mais uma vez, aliás), havia instituído um regime mais restritivo do que o constante nas Diretivas.

Quanto à cessão da posição contratual do cocontratante por ato administrativo do contraente público, está proposto o aditamento de um n.º 9 ao artigo 318.º-A, que vem clarificar que a cessão constitui, ela própria, *ex lege*, uma circunstância imprevisível, que se constitui, portanto, como facto que preenche a previsão que permite ordenar trabalhos complementares cujo valor não exceda 50% do preço contratual, sem prejuízo de a respetiva necessidade concreta, de execução de trabalhos complementares, continuar a ter, na nossa opinião, de ser fundamentada.

Quanto à aplicação de sanções contratuais por incumprimento de prazos gerais ou parciais no âmbito da execução de contratos de empreitada de obras públicas, a redação

proposta para o artigo 403.º n.º 1 especifica que o valor de referência para o cálculo da sanção é o preço contratual inicial.

Por último, regista-se ainda que o regime das modificações dos contratos passa a aplicar-se, na sua plenitude, embora com as necessárias adaptações, aos contratos de concessão de obras públicas e de serviços públicos e aos contratos de aquisição de serviços, conforme previsto nas alterações propostas aos artigos 420.º-A e 454.º, respetivamente.

Capítulo IV - Conclusão

O presente trabalho, sobre a conformação da relação contratual de contratos públicos, que agora se conclui, centrou-se no estudo de três questões: (i) o que é um contrato público, (ii) como se conjuga a prossecução do interesse público com o conceito de contrato *inter pares*, e (iii) como se pode integrar harmoniosamente na prossecução do interesse público, através do exercício de poderes de autoridade, a defesa da concorrência.

Complementarmente, a novidade da figura do gestor do contrato, introduzida no Código dos Contratos Públicos no âmbito da revisão de que este foi alvo em 2017, e a consagração da possibilidade de delegação de alguns dos poderes de conformação da relação contratual no gestor do contrato, justificaram um breve excursus pela análise do respetivo regime.

Os dados de partida eram os seguintes:

- a) A Administração contrata hoje muito mais do que contratava no passado. Efetivamente, assistiu-se durante o século XX a um incremento extraordinário da utilização do contrato para a satisfação de interesses públicos, tendência que as primeiras décadas do século XXI confirmam;
- b) A diversidade dos objetos dos contratos celebrados pela Administração aumentou também significativamente, bem assim como a sua relevância económica e financeira, quer na perspetiva dos contraentes públicos, quer na perspetiva dos contraentes privados. Este quadro gerou a necessidade de, por via legislativa, e/ou através dos próprios contratos, serem cada mais densificados os respetivos regimes;

c) Acresce ainda a evolução do quadro normativo europeu sobre contratação pública, sobretudo já no século XXI, quer no aprofundamento das normas sobre atribuição de contratos públicos, quer no alargamento do seu âmbito à execução dos contratos públicos (quer, ainda, embora com menor relevância para o tema em análise, na utilização das Diretivas sobre concorrência para a prossecução de novos propósitos, designadamente ambientais e sociais).

Natural é, portanto, a dificuldade de estabilização de um conceito de contrato público, que abranja tão vasta e importante realidade, e que satisfaça os quadros normativos europeu e nacional.

Em sentido amplo, podemos considerar como contrato público qualquer contrato celebrado por uma entidade pública.

O conceito de contrato público que adotámos como referência para o presente trabalho é mais restrito do que aquele, e diferente do conceito de contrato administrativo, assentando, em primeira instância, na suscetibilidade de o respetivo objeto ser sujeito à concorrência, mediante o preenchimento de um conjunto de referenciais, ou teses.

Sem prejuízo, concluímos também que o conceito de contrato público, no sentido em que o usamos, deve acomodar também aqueles contratos cujo objeto não é suscetível de sujeição à concorrência, mas cuja execução está sujeita à Parte III do CCP.

Efetivamente, muitos contratos excluídos da contratação pública (artigo 5.º) não são contratos excluídos (artigo 4.º), pelo que a Parte III do CCP lhes é aplicável, incluindo os poderes de conformação da relação contratual nesta previstos, e os inerentes limites ao seu exercício.

E concluímos também que, neste caso, para além dos limites gerais ao exercício daqueles poderes, haverá ainda que cuidar que o respetivo exercício não coloca em causa o fundamento que determinou a insuscetibilidade de concorrência.

O exposto evidencia que, cada vez mais, os regimes de formação e de execução de contratos públicos se influenciam e condicionam reciprocamente.

A dificuldade de enquadramento destas questões encontram evidência nas sucessivas formulações adotadas pelo legislador para definir “contrato público” e para definir o âmbito de aplicação da Parte III do CCP, afigurando-se que, a ser aprovada a alteração

legislativa nesta data projetada, algum caminho positivo, no sentido da clarificação daquele conceito e daquele âmbito, terá sido percorrido, sem, contudo, alcançar uma perfeita integração da disciplina geral aplicável ao contrato administrativo com as especificidades dos contratos cujas prestações estão ou sejam suscetíveis de estar sujeitas à concorrência do mercado.

Caso se mantenha a tendência, como é de admitir que se mantenha, do Direito europeu disciplinar mais detalhadamente a execução dos contratos cujo objeto é suscetível de ser submetido à concorrência, a dificuldade será ainda acrescida, sendo de ponderar as vantagens em (re)criar um regime de execução de contratos administrativos, e em criar um regime de execução para contratos de procura pública, porventura com muitos pontos de contacto (ou até com um corpo comum), mas, cremos, também com muitas diferenças.

Neste quadro, os poderes de conformação da relação contratual, devem ser olhados sob dois ângulos: a sua existência, legitimada pela funcionalização ao interesse público prosseguido, também na execução de contratos públicos, e a sua amplitude, delimitada pelos princípios na generalidade aplicáveis à atividade administrativa e especificamente pelo princípio de defesa da concorrência, cujo cumprimento não se esgota na fase de formação do contrato.

Esta amplitude, em particular no que respeita àqueles poderes mais suscetíveis de colocar em causa o princípio de que os contratos são para cumprir, apresenta-se, na nossa opinião, bem equilibrada, quer no que respeita ao poder de modificação objetiva, quer no que respeita ao poder de sanção, quer ainda no que respeita ao poder de resolução unilateral por interesse público ou por alteração das circunstâncias.

Quanto ao poder de sanção, a sua aplicação ao contrato (do poder, não da sanção) depende, antes de mais, de aceitação pelo cocontratante ou de previsão legal específica, e os limites (conforme o incumprimento não constitua, ou constitua, fundamento para a resolução por incumprimento) são fixados em percentagens não muito elevadas (respetivamente, 20% e 30% do preço contratual).

Quanto à modificação objetiva, os fundamentos são definidos de forma contida, e os limites estão estabelecidos cumprindo a ideia de que se pode mudar o contrato, mas não se pode mudar de contrato, ou, na linguagem das Diretivas de 2014, de que as

modificações não podem originar uma alteração substancial do contrato, sublinhando-se aliás que, tradicionalmente, o legislador nacional consagra limites inferiores aos constantes das Diretivas.

Por último, quanto ao poder de resolução unilateral, para além de se encontrar restrito a situações de grave incumprimento do contrato por parte do cocontratante e a alterações das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar (nos termos da definição constante do artigo 312.º, alínea a) do CCP), o respetivo exercício implica sempre o pagamento de uma indemnização que abranja não apenas os danos emergentes, mas também os lucros cessantes.

A nova figura da cessão da posição contratual do cocontratante por ato administrativo praticado pelo contraente público, introduzida no CCP na revisão de 2017, é uma tentativa de resposta a uma situação que muito penaliza a prossecução do interesse público: o incumprimento do contrato que constitua fundamento para a sua resolução.

Contudo, os constrangimentos impostos pelas Diretivas Europeias determinaram contornos para a figura que conduzirão, provavelmente, a uma diminuta utilização.

No sentido de criar melhores condições para uma utilização mais frequente da cessão da posição contratual forçada, a alteração legislativa nesta data projetada propõe-se clarificar que a cessão configura, ela própria, *ex lege*, uma circunstância imprevisível, que se constitui, portanto, como facto que preenche a previsão que permite adjudicar trabalhos complementares cujo valor não exceda 50% do preço contratual.

Talvez a eventual aprovação e vigência da nova redação, proposta para o artigo 318.º-A do CCP permita abrir novos e mais amplos horizontes para a utilização da figura.

Também uma melhor articulação entre o regime dos poderes de conformação da relação contratual e a nova figura do gestor do contrato, em particular no que respeita aos contratos cujo objeto seja uma empreitada de obras públicas, poderá contribuir para uma melhor utilização daqueles, atenta a proximidade entre o gestor do contrato e a execução do contrato, que deve ser por aquele acompanhada permanentemente.

Julgamos importante, quando terminamos, sublinhar que os poderes de conformação da relação contratual constituem poderes ao serviço do interesse público, e que não colidem, ou apresentam antagonismo, com a prossecução do princípio da concorrência,

posto este, como deve estar no âmbito da contratação pública, também ao serviço do interesse público.

E que, muito antes da incursão mais profunda do Direito Europeu na matéria dos poderes de conformação da relação contratual, o direito interno considerou e tem considerado, relativamente aos poderes de conformação da relação contratual, limites que configura, e bem, como indispensáveis ao recorte dos próprios poderes, sendo esta matéria, no plano dos princípios (para além de variações ocasionais neste ou naquele limite) muito consolidada.

A crescente sobreposição do Direito europeu ao Direito interno nesta matéria deve, por isso, constituir um caminho de prudência, mantendo acautelados poderes que a jurisprudência, a doutrina e o legislador foram, ao longo dos anos, construindo, de forma cada vez mais apurada, no sentido de criar um corpo de poderes de conformação da relação contratual equilibrado, integrando poderes que se complementam, e cujo exercício ponderado e conforme aos princípios gerais aplicáveis à atividade administrativa seja um instrumento de prossecução do interesse público.

Bibliografia

Alexandra Leitão, *Contratos Interadministrativos*, Almedina, 2015

Ana Gouveia Martins, *A modificação dos contratos no anteprojecto do Código dos Contratos Públicos*, in Atas da Conferência A Revisão do Código dos Contratos Públicos, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas e Centro de Investigação de Direito Público, 2016, disponível em https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_revisaoccp_icjp2016_fct.pdf

António Menezes Cordeiro, *Contratos Públicos: subsídios para a dogmática administrativa, como exemplo no princípio do equilíbrio financeiro*, in Cadernos O Direito, n.º 2, Almedina, 2007

Armando Marques Guedes, “*O Contrato Administrativo*”, Estudos de Direito Administrativo, 1963

Carla Amado Gomes, *A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos*, disponível em <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/287-131.pdf> e consultado em 24 de março de 2020

Diogo Freitas do Amaral, com a colaboração de Pedro Machete e Lino Torgal, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, 2.ª edição, 2011

Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, 2010 – 10.ª reimpressão da edição de 2001

Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, Almedina, 2003 – 7.ª reimpressão da 2.ª edição

Gonçalo Guerra Tavares, *Comentário ao Código dos Contratos Públicos*, Almedina, 2019

Isabel Celeste Monteiro da Fonseca, *Pressupostos e limites da modificação do contrato público existente: um velho tema, novas dificuldades*, in *A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, Coordenação de Maria João Estorninho, edição ICJP e CDIP, 2016, disponível em https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_diretivaseuropeias2014ecp_icjp-cidp_fct.pdf

João Leal Amado, *Contrato de Trabalho*, Coimbra Editora, 2010, 2.^a edição

João Tello de Magalhães Collaço, *Concessões de serviços públicos*, 2.^a edição, Coimbra Editora, 1928

Jorge Alves Correia, *O ato administrativo contratual como modo de atuar do dono de obra pública*, in *Revista de Contratos Públicos* n.º 20, Cedipre, 2019

Jorge Andrade Silva, *Código dos Contratos Públicos, Anotado e Comentado*, 6.^a edição revista e atualizada, Almedina, 2017

José Carlos Vieira de Andrade, *Lições de Direito Administrativo*, 5.^a edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, disponível em <http://hdl.handle.net/10316.2/43588>

José Manuel Sérvulo Correia, *Conferência O Problema do Contrato Administrativo – Considerações finais de Sérvulo Correia*, in *Jornadas de Contratos Públicos (16-17 de Maio de 2019, FDUL)*, Actas, Coordenação de Miguel Assis Raimundo, AAFDL, 2020

José Manuel Sérvulo Correia e-Pública, *A revisão das disposições gerais sobre o âmbito de aplicação do código dos contratos públicos*, *Revista Eletrónica de Direito Público*, Vol. 4, nº2, dezembro de 2017, disponível em <https://www.e-publica.pt/volumes/v4n2a01.html>

José Manuel Sérvulo Correia, *Legalidade e autonomia contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, 1987

Licínio Lopes Martins, *Empreitada de obras públicas – O modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público*, Almedina, 2014

Luís Alves, *Brevíssimas considerações sobre o Anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos*, in *JusJornal*, n.º 2460, 12 de outubro de 2016, disponível em

<https://jusnet.wolterskluwer.pt/Content/Document.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAA3MDI0O1stSi4sz8PFsjA0MzA0sjc5BAZlqlS35ySGVBqm1aYk5xKgAG9WIkNQAAAA==WKE>

Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral*, Tomo III, D. Quixote, 2.^a edição, 2008

Marco Caldeira, *Artigo 318.º-A*, disponível em <https://contratospublicos.net/2018/11/25/artigo-318-o-a/>

Marco Caldeira, *O Gestor do Contrato em Portugal e em Angola – Breve Nota Comparativa*, Revista de Direito Administrativo, n.º 3, setembro/dezembro 2018, AAFDL, págs. 70 a 82.

Mark Bobela-Mota Kirkby, *Conceito e critérios de qualificação do contrato administrativo: um debate académico com e em homenagem ao Senhor Professor Sérvulo Correia – Do artigo 178.º do CPA ao artigo 1.º, n.º 6 do CCP – uma alteração do paradigma de qualificação?*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol. II, FDUL, Coimbra Editora, 2011

Maria João Estorninho, *Curso de Direito dos Contratos Públicos – Por uma Contratação Pública Sustentável*, Almedina, 2012

Maria João Estorninho, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, 2003

Mário Aroso de Almeida, *O Problema do Contrato Administrativo*, Almedina, 2018

Mário Aroso de Almeida, *Apreciação geral da revisão do Código dos Contratos Públicos: em particular os novos regimes dos artigos 280.º e 313.º do CCP*, in Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos, coordenação de Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Tiago Serrão e Marco Caldeira, AAFDL Editora, 2017

Mário Aroso de Almeida, *Contratos Administrativos e poderes de conformação da relação contratual no novo Código dos Contratos Públicos*, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 66, CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho, novembro/dezembro de 2007

Mário Esteves de Oliveira *Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, 1980

Miguel Assis Raimundo, *Good Contracting Authorities Can Predict the Future: A Note on Finn Frogne*, European Papers, Vol. 2, n.º 1, 2017, págs. 411 a 423, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3349686

Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos - Uma concorrência ajustada ao interesse público*, AAFDL, 2013

Miguel Assis Raimundo e João Martins Claro *A aplicação e redução de multas contratuais no contrato de empreitada de obras públicas*, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 112, CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho, julho/agosto de 2015

Miguel Lorena de Brito, *A modificação subjetiva do contrato no Código dos Contratos Públicos*, in Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos, coordenação de Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Tiago Serrão e Marco Caldeira, AAFDL Editora, 2017

Paula Costa e Silva, *Multas contratuais: discricionariedade ou vinculação?*, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 112, CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho, julho/agosto de 2015

Paulo Otero, *Incumprimento e cessão da posição contratual: alguns problemas decorrentes do novo artigo 318º-A do CCP*, in Revista de Contratos Públicos n.º 16, Cedipre, 2018

Pedro Costa Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, Vol. 1, 4.ª edição, Almedina, 2018

Pedro Costa Gonçalves, *Gestão de contratos públicos em tempo de crise*, in Estudos de Contratação Pública, III, CEDIPRE, Coimbra Editora, 2010

Pedro Costa Gonçalves, *O Contrato Administrativo (Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo)*, Almedina, 2003.

Pedro Daniel S. N. Inês *Os princípios da contratação pública: O princípio da concorrência*, Publicações CEDIPRE Online – 34, <http://www.cedipre.fd.uc.pt>, Coimbra, 2018

Pedro Fernández Sánchez, *O âmbito de aplicação do regime de contratação pública: organismos de direito público e entidades privadas*, in *Contratação Pública – I*, Centro de Estudos Judiciários, 2017, disponível em

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_ContratacaoPublicaI.pdf

Pedro Leite Alves, *Alguns problemas em sede de execução e (in)cumprimento do contrato*, in *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, coordenação de Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Tiago Serrão e Marco Caldeira, AAFDL Editora, 2017

Pedro Miguel Matias Pereira, *Modificação subjetiva, pagamentos diretos a subcontratados e resolução do contrato: novidades do CCP revisto*, in *Revista de Contratos Públicos* n.º 17, Cedipre, 2017

Pedro Miguel Matias Pereira, *Os Poderes do Contraente Público no Código dos Contratos Públicos*, Coimbra Editora, 2011, 1.ª edição

Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, Almedina, 2015, 7.ª edição

Pedro Vaz Mendes, *Pacta Sunt Servanda e Interesse Público nos Contratos Administrativos*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2016

Rodrigo Esteves de Oliveira, *O acto administrativo contratual*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 63, CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho, maio/junho de 2007.

Sara Younis Augusto de Matos, *Gestor do contrato: um olhar sobre o esboço de regime legal da nova figura*, in *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, coordenação de Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Tiago Serrão e Marco Caldeira, AAFDL Editora, 2017